

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Carolina Souto Ribeiro

Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos
remunerados mediante tarifa ou preço público

Florianópolis
2012

Carolina Souto Ribeiro

Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos
remunerados mediante tarifa ou preço público

Trabalho de Conclusão apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina,
como requisito à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.Msc. Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

Florianópolis

2013

Autor: Carolina Souto Ribeiro

Título: Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos remunerados mediante tarifa ou preço público

Trabalho de Conclusão apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina,
como requisito à obtenção do título de
Bacharel em Direito, aprovado com
_____.

Florianópolis/SC, 04 de fevereiro de 2013.

Professora Orientadora: Msc. Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

Coordenadora do Curso: Msc. Juliana Wülfing

Autor: Carolina Souto Ribeiro

Título: Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos remunerados mediante tarifa ou preço público

Trabalho de Conclusão apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina,
como requisito à obtenção do título de
Bacharel em Direito, aprovado com
_____.

Florianópolis/SC, 04 de fevereiro de 2013.

Professora Orientadora: Msc. Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa (UFSC)

Membro da Banca Examinadora: Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo (UFSC)

Membro da Banca Examinadora: Msc. Denise Pinheiro (UDESC)

*Aos meus amorosos e inspiradores pais, Eduardo e Elaine, os quais me fizeram crer
que somos do tamanho de nossos sonhos.*

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer a Deus pela magnífica dádiva da vida.

Em seguida, agradeço a meus pais, Eduardo e Elaine Ribeiro, e à minha irmã, Fernanda Ribeiro, por serem a razão e a motivação para tudo que sou e para tudo que ainda serei. São pessoas sem as quais nada me seria possível.

Agradeço, também, às minhas grandes amigas Amanda Lentz, Bárbara Deucher e Larissa Zenatti, pelos cinco anos de muita convivência e de muito ensinamento. Mulheres incríveis e admiráveis, as quais sempre mantereí por perto.

Ao meu extraordinário amigo Mateus Erdtmann pelos também cinco anos de parceria, amizade e muito entendimento.

Ao Bruno Cherobin, por se revelar a mais agradável e amável surpresa do meu último ano de faculdade.

A todos os colegas da Morcegada, turma sem igual.

Ao amigo Guilherme Dall Igna, por todos os dias de diversão e cumplicidade no trabalho.

Ao meu chefe, Dr. Marcelo José Dudeque, pela compreensão e incentivo em relação às minhas atividades acadêmicas.

À estimada Professora Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa por, não só ter aceitado orientar esta pesquisa, mas por me ter sido um importante exemplo de mulher de sucesso, em todos os sentidos.

Aos integrantes da minha banca examinadora pela honra de suas presenças.

A todas as pessoas que, mesmo não citadas expressamente, contribuíram para este ilustre momento.

RESUMO

A pesquisa desenvolve um estudo sobre as possibilidades de aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações resultantes da prestação dos serviços públicos, seja pelo poder Estatal, seja por seus concessionários ou permissionários. Analisa-se, no decorrer do trabalho, o instituto do serviço público e suas formas de prestação, o serviço público e sua relação com Código de Defesa do Consumidor, culminando no exame das possibilidades de aplicação da lei consumerista a essas espécies de serviço. Busca-se evidenciar as muitas divergências e controvérsias encontradas na doutrina e, também, qual a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito da problemática. Identificam-se, a partir daí, três principais correntes que abordam o tema. Pretende-se demonstrar, por meio da análise das referidas correntes, que apenas os serviços *uti singuli* podem sofrer incidência do Código do Consumidor por possuírem o critério da remuneração específica, exigido por esse diploma legal; ainda, que daqueles serviços, somente os remunerados mediante tarifa ou preço público experimentariam tal incidência por apresentarem a característica da facultatividade.

Palavras-chave: Serviço Público; Direito do Consumidor; Aplicabilidade.

*O fardo é proporcional às forças, como a recompensa será proporcional à
resignação e à coragem.*

Allan Kardec

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 Serviço público e as formas de sua prestação	11
1.1 Conceito de serviço público.....	11
1.2 Classificação dos serviços públicos	18
1.3 Formas de prestação de serviços públicos: concessão e permissão de serviços públicos	25
2 A RELAÇÃO DE CONSUMO E OS SERVIÇOS PÚBLICOS.....	36
2.1 Elementos caracterizadores da relação de consumo	36
2.1.1 Consumidor	36
2.1.2 Fornecedor	41
2.1.3 Serviços	44
2.2 Os direitos do consumidor/usuário de serviços públicos	47
2.3 As obrigações do fornecedor/prestador de serviços públicos.....	55
3 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E OS LIMITES DE SUA APLICAÇÃO AOS SERVIÇOS PÚBLICOS	63
3.1 A posição jurídica do usuário de serviços públicos.....	63
3.1.1 Teoria privatista.....	63
3.1.2 Teoria publicista	65
3.1.3 Teoria mista.....	68
3.2 Serviços públicos <i>uti universi</i> e <i>uti singuli</i> : a questão da remuneração como critério de aplicação do CDC aos serviços públicos.....	72
3.3 Aplicabilidade do CDC aos serviços públicos remunerados por taxa ou tarifa/preço público: distinção entre a figura do contribuinte e do consumidor	78
CONCLUSÃO.....	87
REFERÊNCIAS.....	92

INTRODUÇÃO

A utilização de serviços públicos se assume imprescindível para a coletividade mesmo diante de um modelo estatal que cada vez mais pretende diminuir suas atividades. Consequência disso, não mais se observa como critério indispensável a todo e qualquer serviço público o fato de a atividade ser desenvolvida sob regime de direito público. É que a reforma do Estado colocou em prática transformações capazes de configurar serviços públicos prestados sob o regime de direito privado, experimentando, inclusive, regime de concorrência com outros interessados.

Mesmo diante dessas alterações, permanece cabível a utilização do termo “serviço público”, haja vista corresponderem às atividades que o Estado promove em benefício do cidadão. Ademais, a titularidade do serviço é sempre do Estado, conforme determinado pela Constituição Federal de 1988, ainda que sua execução possa ser realizada por particulares delegatários.

Perante essas mudanças cumpre investigar como e em que medida pode o cidadão e, em especial, o usuário de serviços públicos, ser efetivamente protegido.

Sabe-se que o Código de Defesa do Consumidor surgiu com o propósito de concretizar o dispositivo constitucional (art. 5º, XXXII) que elevou a defesa do consumidor à condição de direito fundamental, inaugurando verdadeiro microssistema orientado a salvaguardar os direitos e interesses do elemento vulnerável da relação de consumo.

É das frequentes reclamações a respeito de má prestação de serviços públicos e da previsão, contida no Código de Defesa do Consumidor, de que tais serviços devem respeitar os critérios de adequação e eficácia, que decorre a importância e o interesse da análise desses serviços à luz da Lei 8.078/90.

A prestação de serviço público enseja relação de consumo? O Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos serviços públicos? Se afirmativo, em que medida? Aplicar-se-ia, então, a todos os casos de prestação de serviço público ou apenas a alguns? Quais são os critérios que devem orientar essa aplicação?

Esses questionamentos, juntamente com situações de eventual desamparo de usuário de serviço público, demonstram a importância de se estabelecer parâmetros para que se torne viável a aplicação da legislação consumerista. Deve-se determinar qual a extensão dessa incidência, tanto diante do serviço prestado

diretamente, quanto indiretamente, buscando-se maior proteção aos usuários, também hipossuficientes, à frente dos fornecedores de tais atividades.

Dessarte, a pesquisa tem como objetivo desenvolver um estudo sobre as possibilidades de aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações resultantes da prestação dos serviços públicos, seja pelo poder Estatal, seja por seus concessionários ou permissionários, buscando evidenciar as muitas divergências e controvérsias encontradas na doutrina e, também, a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Pretende-se demonstrar que apenas os serviços *uti singuli* podem sofrer incidência do Código do Consumidor por possuírem o critério da remuneração específica, exigido por esse diploma legal; ainda, que daqueles serviços, somente os remunerados mediante tarifa ou preço público experimentariam tal incidência por apresentarem a característica da facultatividade.

Para tanto, será promovida, num primeiro momento, a análise do conceito e dos elementos caracterizadores do serviço público, bem como da sua classificação e formas de prestação.

Em seguida, buscar-se-á examinar aspectos básicos do Direito do Consumidor, dentre eles, os conceitos das partes que compõe a relação consumerista (consumidor, fornecedor), assim como a definição de serviços. Além disso, serão levantadas as obrigações do fornecedor de serviços públicos e os direitos do consumidor desses serviços, tudo à luz da Lei nº 8.078/90 e da Lei nº 8.987/95.

Por fim, averiguar-se-ão critérios para possibilitar a correta aplicação do Código de Defesa dos Consumidores à relação decorrente do uso de serviços públicos a partir do exame da posição jurídica de seus usuários, da diferenciação entre serviços *uti universi* e *uti singuli* e de suas formas de remuneração, distinguindo as figuras de consumidor e contribuinte.

1 SERVIÇO PÚBLICO E AS FORMAS DE SUA PRESTAÇÃO

1.1 Conceito de serviço público

O serviço público foi inaugurado com o propósito de satisfazer determinada utilidade coletiva, isto é, o Estado faz sobressair-se determinada atividade passando a executá-la com o objetivo de proporcionar o serviço de forma mais justa e igualitária ao público.

Corroborando com essa noção, ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello:

Justamente pelo relevo que lhes atribui, o Estado considera de seu dever assumi-las como pertinentes a si próprio (mesmo que sem exclusividade) e, em consequência, exatamente por isto, as coloca sob uma disciplina peculiar instaurada para o resguardo dos interesses nelas encarnados: aquela disciplina que naturalmente corresponde ao próprio Estado, isto é, uma disciplina de Direito Público.¹

Conceituar serviços públicos não é tarefa simples. Pode-se dizer que não há homogeneidade entre os autores em relação a essa definição e o fato de a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não conceituar serviço público e tampouco o fazerem, as leis brasileiras, cria a necessidade de perscrutar como a doutrina enfrenta o problema da descrição do presente objeto de estudo.

Nesse sentindo, afirma José dos Santos Carvalho Filho:

Constitui traço de unanimidade na doutrina a dificuldade de definir, com precisão, serviços públicos. Trata-se, na verdade, de expressão que admite mais de um sentido, e de conceito que, sobre ter variado em decorrência da evolução do tema relativo às funções do Estado, apresenta vários aspectos diferentes entre os elementos que o compõem. É conhecida a teoria de DUGUIT, segundo o qual os serviços públicos constituíram a própria essência do Estado. Desse momento em diante, porém, foi tão profunda a alteração introduzida na concepção das atividades estatais que na França se chegou a considerar que estava em crise a noção de serviço público.²

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 670.

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 295.

A maioria dos autores³ concorda que a noção de serviço público varia de acordo com o tempo e o espaço, sendo, na verdade, altamente dinâmica. No decorrer da História, pode-se observar que os serviços públicos são, de modo geral, resultado de demandas sociais que exigem grande investimento financeiro ou da exigência de custódia da ordem social. Conceber um conceito imune as mudanças e evoluções mostra-se, no mínimo, improvável.

Quanto ao conceito de serviço público e sua evolução, Maria Sylvia Zanella Di Pietro conclui que sua noção não permanece estática no tempo, sofrendo aumento de sua abrangência para incluir atividades de natureza comercial, industrial e social. Além disso, que não varia somente no tempo, como também no espaço, pois decorre da legislação de cada país o maior ou menor alcance das atividades entendidas como tal.⁴

De acordo com a autora, Hely Lopes Meirelles confirma que “realmente, o conceito de serviço público é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico [...]”.⁵

Ocorre que não existe um conceito doutrinário consensual de serviço público. O que existem são escolas ou correntes teóricas que, a partir de critérios variados, procuram apontar elementos relevantes para a identificação ou conceituação de uma atividade como sendo serviço público. Assim, os administrativistas fazem menção aos critérios subjetivo, material e formal como elementos úteis ou necessários à identificação ou definição desses serviços.⁶

No entanto, antes de analisar os referidos critérios, deve-se registrar que a expressão “serviço público” pode ser empregada tanto em sentido objetivo como em sentido subjetivo:

Não é raro a expressão “serviço público” ser empregada em um **sentido subjetivo** (ou orgânico), simplesmente como sinônimo de “administração pública em sentido formal”. Quando isso ocorre, a expressão “serviço público” não se refere a qualquer atividade específica, e sim ao conjunto de

³ Maria Sylvia Di Pietro, Hely Lopes Meirelles e Elaine Cardoso de Matos Novais.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 101-102.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 350.

⁶ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 17. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 611.

órgãos e entidades que desenvolvem atividades administrativas as mais variadas, ou seja, todo aparelhamento administrativo do Estado.

(...)

Em **sentido objetivo** (ou material) a expressão “serviço público” reporta a uma determinada atividade, ou a um conjunto de atividades. As atividades abrangidas pela expressão variarão conforme os critérios que cada autor, ou escola doutrinária, leve em consideração. De todo modo, o certo é que a expressão “serviço público” em sentido objetivo sempre se refere atividades – sejam quais forem –, e não aos órgãos, entidades ou pessoas que a realizem. (grifo no original)⁷

A despeito da delimitação dos dois sentidos da expressão, as dificuldades de conceituação subsistem. Mesmo definindo que será no sentido objetivo que o tema será desenvolvido, isto é, na ideia de serviço público como atividade, ainda é preciso apurar os critérios que auxiliam na caracterização dessa atividade.

Para tentar dirimir a questão, tradicionalmente, a doutrina, a partir da noção francesa de serviço público, defendida pela “escola de serviço público”⁸, indicava ser imprescindível o atendimento, de modo cumulativo, a três critérios para identificar que uma atividade pudesse se constituir em serviço público, ou seja, elementos que trazem definição ao termo.⁹

Sobre esses critérios, que José dos Santos Carvalho Filho apresenta como correntes, o autor tece a seguinte explicação juntamente com suas críticas:

A primeira baseia-se no *critério orgânico* (ou subjetivo), pelo qual o serviço público é o prestado por órgão público, ou seja, pelo próprio Estado. A crítica consiste em que essa noção clássica está hoje alterada pelos novos mecanismos criados para a execução das atividades públicas, não restritas apenas ao Estado, mas, ao contrário, delegadas frequentemente a particulares.

Há, ainda, o *critério formal*, que realça o aspecto pertinente ao regime jurídico. Vale dizer, será serviço público aquele disciplinado por regime de direito público. O critério é insuficiente, porque em alguns casos incidem regras de direito privado para certos segmentos da prestação de serviço público, principalmente quando executados por pessoas provadas da Administração, como as sociedades de economia mista e as empresas públicas.

⁷ *Ibidem*, p. 612.

⁸ Segundo a tese da Escola de Serviço Público, o Direito Administrativo se explica a partir do conceito de serviço público, estando todas as suas normas justificadas por esta ideia. Nesta direção, o Direito Administrativo seria o ordenamento jurídico da atividade da Administração Pública para a prestação de serviços públicos. Consequentemente, a noção de serviço público confunde-se com a do próprio Direito Administrativo, tendo os serviços públicos, por objetivo, o atendimento dos interesses gerais. Consoante pensadores da referida escola, o governante é encarregado de organizar e fazer funcionarem os serviços públicos, para a satisfação do bem-estar material, moral e intelectual dos administrados. PEREIRA, Marcelo. **A escola do serviço público**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 11, fevereiro, 2002. p. 1.

⁹ *Ibidem*, p. 615.

Por fim, temos o *critério material*, que dá relevo à natureza da atividade exercida. Serviço público seria aquele que atendesse direta e essencialmente à comunidade. A crítica aqui reside no fato de que algumas atividades, embora não atendendo diretamente aos indivíduos, contam-se em favor destes de forma indireta e mediata. Além disso, nem sempre as atividades executadas pelo Estado representam demandas essenciais da coletividade¹⁰. Algumas vezes são executadas atividades secundária, mas nem por isso menos relevantes na medida em que é o Estado que as presta, incumbindo-lhe exclusivamente a definição de sua estratégia administrativa.¹¹

Destarte, com as críticas de José dos Santos Carvalho Filho fica fácil notar que, hoje, o administrativista não deve mostrar-se favorável à exigência de serem atendidos, ao mesmo tempo, todos os três critérios para que uma atividade possa ser considerada serviço público. Isto posto, presentemente tais estudiosos costumam aplicar, para delinear serviço público, um dos critérios ou a combinação de dois deles, não exigindo a presença dos três, cumulativamente, como ocorria na época em que predominava a “escola do serviço público”.¹²

Marçal Justen Filho sintetiza asseverando que “um serviço é público porque se destina à satisfação de direitos fundamentais e não por ser de titularidade estatal, nem por ser desenvolvido sob regime de direito público. Essas duas são consequências da existência de um serviço público.”¹³

Com a mesma perspectiva, Elaine Cardoso de Matos Novais alerta:

[...] o substrato formal, ou seja, o fato de ser a atividade desenvolvida sob um regime de direito público, subsiste não mais como critério fundamental, indispensável a todo e qualquer serviço público. Isso porque [...] a reforma do Estado implementou mudanças capazes de identificar serviços públicos prestados sob regime de direito privado e em regime de concorrência com outros interessados, sem que se considere afastada a configuração dessa atividade estatal.¹⁴

¹⁰ Hely Lopes Meirelles nos traz como exemplos de serviços públicos dispensáveis pela coletividade, mas em alguns casos prestados pelo próprio Estado, os jogos em cassino, como o de Monte Carlo, no Principado de Mônaco, e, entre nós, a Loteria Federal e a Loteria Esportiva. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 350

¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 295-296.

¹² ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 17. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 615.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 698.

¹⁴ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 34.

Vencida a análise dos critérios/elementos que auxiliam na delimitação do conceito de serviço público, cumpre passar ao exame dos conceitos amplos e restritos defendidos pela doutrina administrativista.

Os doutrinadores, conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro, têm adotado um conceito amplo, quando se referem ao serviço público como toda atividade exercida pela Administração Pública, ou um conceito restrito, quando definem serviço público como sendo atividade administrativa, realizada pela Administração Pública, distinta do poder de polícia¹⁵, excluídas, também, as funções legislativa e jurisdicional.¹⁶

Dentre os que adotam a conceituação ampla, encontra-se José Cretella Júnior, para quem o serviço público é “toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico do direito público.”¹⁷ Com o mesmo sentido (amplo), Hely Lopes Meirelles define serviço público como “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado.”¹⁸

Atenta-se que, pela definição de José Cretella Júnior, podem ser consideradas como serviço público todas as atividades exercidas sob o regime jurídico de direito público, isto é, a atividade jurisdicional, a atividade legislativa, a atividade de governo (atividade política) e as atividades consideradas de administração pública em sentido material¹⁹ - inclusive a prestação de serviços públicos em sentido estrito realizada por intermédio de delegatários. Por

¹⁵ O art. 78 do Código Tributário Nacional traz a definição de poder de polícia:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 98-99.

¹⁷ CRETELLA JÚNIOR *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 99.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 350-351.

¹⁹ Conforme abordado anteriormente, serviço público em sentido material ou objetivo é aquele tido como a atividade em si, prestada pelo Estado e seus agentes. Abstrai-se da noção de quem executa a atividade, prendendo-se a ideia da própria atividade. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 295.

consequente, na mais ampla das acepções, a expressão “serviço público” é explorada como sinônimo de “função pública” ou “atividade pública”.²⁰

Já o tratamento dado por Hely Lopes Meirelles, conquanto mais restrito que o conceito de José Cretella Júnior, retira as atividades legislativa e judiciária, mas não difere serviços públicos de outras atividades de responsabilidade da Administração, como o poder de polícia. Logo, também é considerado um conceito amplo por abranger todas as atividades exercidas pela Administração Pública.²¹

De outro giro, alguns autores optam por um sentido mais restrito de serviço público. É nessa linha o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - , instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.²²

Discordando de Celso Antônio Bandeira de Mello quanto ao regime jurídico, porém mantendo a mesma concepção restrita, Maria Sylvia Di Pietro conceitua serviço público como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob o regime jurídico total ou parcialmente público”.²³

Comentando o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Di Pietro alega que tal conceito restringe demais com a expressão “utilidade ou comodidade fruível **diretamente** pelos administrados”. Isso porque, segundo a autora, existem outras espécies de serviços que são considerados públicos e nem por isso são usufruíveis diretamente pelos administrados. A autora indica que seria o caso dos serviços administrativos do Estado, prestados internamente, dos serviços diplomáticos, dos trabalhos de pesquisa científica, os quais apenas favoreceriam a coletividade de maneira indireta (grifo no original).²⁴

²⁰ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 17. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 613.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 99.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 671.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 102.

²⁴ *Ibidem*, p. 100.

A seu turno, o conceito de Cesar A. Guimarães Pereira, que aborda peculiaridades sobre direito subjetivo do usuário de serviço público em face do Estado:

O serviço público consiste na prestação de utilidades fruíveis de modo individual (ou para muitos estudiosos, também de modo coletivo), colocadas pela Constituição ou pela lei a cargo do Estado, desempenhadas diretamente ou por delegatários, de modo gratuito ou remunerado, com a finalidade de realizar o bem-estar da coletividade.

A peculiaridade do serviço público está em que é objeto de um *dever do Estado*. Em contrapartida, o potencial beneficiário (o “usuário potencial”), considerado de modo coletivo ou individual, é titular de um *direito subjetivo em face do Estado*. [...]

O fundamental é que há um *direito de exigir o serviço público*. A importância dessa constatação é que esse mesmo direito não está presente nas relações privadas. Trata-se de um aspecto próprio ao usuário do serviço público e não se estende aos consumidores de atividades privadas.²⁵

Diferentemente daqueles que empregam a expressão “serviço público” em sentido muito amplo, abrangendo qualquer atividade da Administração Pública, inclusive atividades típicas dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a presente pesquisa adotará conceito mais restrito de serviço público, em conformidade com a doutrina que pretende definir serviço público como uma das atividades possíveis da Administração Pública, sendo tais serviços diferentes de outras atividades realizadas pela administração estatal, como por exemplo, a atividade de poder de polícia.

Recomenda-se o conceito de Marçal Justen Filho:

Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental²⁶, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente²⁷ e executada sob regime de direito público^{28 29}.

²⁵ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Direitos dos Usuários de Serviços Públicos**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 34, dez./2009. Disponível na internet: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=34&artigo=432&l=pt>>. Acessado em 07 de janeiro de 2013.

²⁶ O autor assevera que existe um vínculo de natureza direta e imediata entre o serviço público e a satisfação de direitos fundamentais e que, sem esse vínculo, será impossível reconhecer a existência de um serviço público. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 694.

²⁷ O autor destaca, ainda, que a incidência do regime de direito público depende de uma qualificação normativa específica e diferencial, ou seja, não existe serviço público sem ato estatal formal assim o reconhecendo. *Ibidem*, p. 695.

²⁸ José dos Santos Carvalho Filho admite, quanto ao aspecto formal, a possibilidade de existência de um regime jurídico híbrido, isto é, a incidência de normas de direito privado e de direito público, como nos casos em que particulares prestam serviço em colaboração com o Poder Público. Isso,

Após explicitar em que consiste o serviço público, segundo os preceitos do Direito Administrativo ainda que nem sempre unânimes, cabe a análise das classificações propostas pela doutrina.

1.2 Classificação dos serviços públicos

Tal com ocorre com a conceituação de serviço público, sua classificação também experimenta muita discrepância entre os diferentes autores. Com isso, na presente pesquisa, será adotada, quanto ao tema da classificação dos serviços públicos, a lição de Maria Sylvia Di Pietro, que é próxima³⁰ daquela concebida classicamente por Hely Lopes Meirelles, segundo a qual os serviços públicos podem ser classificados em *públicos* e de *utilidade pública*; *próprios* e *impróprios do Estado*; *administrativos* e *industriais*; *‘uti universi’* e *‘uti singuli’*. Essa classificação leva em conta a essencialidade, a adequação, a finalidade e os destinatários dos serviços.

Desta forma, tem-se que, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, os serviços públicos propriamente ditos são:

os que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado. Por isso mesmo, tais serviços são considerados privativos do Poder Público, no sentido de que só a Administração deve prestá-los, sem delegação a terceiros, mesmo porque geralmente exigem atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados. Exemplos desses serviços são os de defesa nacional, os de polícia, os de preservação da saúde pública.³¹

O mesmo autor expõe, quanto os serviços de utilidade pública:

são os que a Administração, reconhecendo sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários), nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores,

todavia, não prejudicaria a prevalência das normas de direito público sobre as de direito privado quando houvesse conflitos. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 298.

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 692.

³⁰ Como veremos, apesar dos referidos autores adotarem a mesma nomenclatura, diferem, muitas vezes, quanto ao conteúdo das definições.

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 352.

mediante remuneração dos usuários. São exemplos dessa modalidade os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, gás, telefone.³²

Elucida, ainda, que, no caso do serviço público propriamente dito, objetiva-se a satisfação das necessidades gerais e essenciais da sociedade, para que ela possa perdurar e desenvolver-se como tal. Quanto aos serviços de utilidade pública, instrui que estes pretendem facilitar a vida do indivíduo na coletividade, pondo à disposição utilidades que lhe oportunizarão mais conforto e bem-estar. Dessa maneira, denomina os primeiros de serviços *pró-comunidade* e os segundos de serviços *pró-cidadão*.³³

Maria Sylvia Di Pietro aduz que a classificação dos serviços públicos entre próprios e impróprios foi concebida por Arnoaldo de Valles e divulgada por Rafael Bielsa, definindo como próprios “aqueles que, atendendo a necessidades coletivas, o Estado assume como seus e executa diretamente (por meio de seus agentes) ou indiretamente (por meio de concessionários e permissionários)”.³⁴

Para Hely Lopes Meirelles os serviços públicos próprios do Estado são:

aqueles que se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público (segurança, polícia higiene e saúde públicas etc.) e para a execução dos quais a Administração usa da sua supremacia sobre os administrados. Por esta razão, só devem ser prestados por órgãos ou entidades públicas, sem delegação a particulares.

Tais serviços, por sua essencialidade, geralmente são gratuitos ou de baixa remuneração, para que fiquem ao alcance de todos os membros da coletividade.³⁵

Logo, é notório, pois, que, apesar de se utilizarem da mesma nomenclatura, os dois referidos autores divergem quanto ao que tomam por serviço público próprio. Enquanto Hely Lopes Meirelles acredita que tais serviços não poderiam ser delegados, haja vista a sua essencialidade, Maria Sylvia Di Pietro defende, em contrário, que mesmo os serviços públicos próprios poderiam sim ser executados indiretamente, isto é, delegados a terceiros.

A citada autora refere-se, agora quanto aos serviços impróprios, como sendo

³² *Ibidem*, p. 353-354.

³³ *Ibidem*, p. 353.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 109.

³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 353.

os que, embora atendendo também a necessidades coletivas, como os anteriores, não são assumidos nem executados pelo Estado, seja direta ou indiretamente, mas apenas por ele autorizados, regulamentados e fiscalizados; eles correspondem a atividades privadas e recebem impropriamente o nome de serviços públicos, porque atendem a necessidades de interesse geral; vale dizer que, por serem atividades privadas, são exercidas por particulares, mas, por atenderem a necessidades de interesse geral; vale dizer que, por serem atividades privadas, são exercidas por particulares, mas, por atenderem a necessidades coletivas, dependem de autorização do Poder Público, sendo por ele regulamentadas e fiscalizadas; ou seja, estão sujeitas a maior ingerência do poder de polícia do Estado.³⁶

Por sua vez, o que Hely Lopes Meirelles entende por serviços impróprios do Estado:

são os que não afetam substancialmente as necessidades da comunidade, mas satisfazem interesses comuns de seus membros, e, por isso, a Administração os presta remuneradamente, por seus órgãos ou entidades descentralizadas (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais), ou delega sua prestação a concessionários, permissionários ou autorizatários. Esses serviços, normalmente, são rentáveis e podem ser realizados com ou sem privilégio (não confundir com monopólio), mas sempre sob regulamentação e controle do Poder Público competente.³⁷

Aqui, observa-se certa aproximação nas definições de serviço público impróprio dos mencionados autores. Os dois admitem que tais serviços atendem à necessidades de interesse geral, mas que podem experimentar delegação a terceiros, ressaltada a importância da regulamentação e do controle por parte de Poder Público.

Outra constatação cabível é a de que esta classificação - serviços públicos próprios e impróprios – utiliza uma concepção ampla de serviço público, “porque abrange o exercício de poder de polícia, bem como outras atividades que não consolidam prestações que representem, em si mesmas, comodidades fruíveis pela coletividade”³⁸.

José dos Santos Carvalho Filho que utiliza, como classificação correspondente à ora comentada, a divisão em *serviços delegáveis* e *serviços indelegáveis*, critica que a nomenclatura *serviços próprios* e *serviços impróprios* não

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 109.

³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 353.

³⁸ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 17. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 624.

tem a exatidão desejável. Isso porque, se os serviços destinam-se à coletividade, não há como deixar de considerá-los *próprios*. Referido autor entende que é a delegabilidade ou não do serviço que determina a sua natureza.³⁹

A próxima análise que cabe fazer é em relação à classificação, quanto ao objeto, entre serviços administrativos e serviços industriais. A lição de Hely Lopes Meirelles é no sentido de que os serviços administrativos “são os que a Administração executa para atender a suas necessidades internas ou preparar outros serviços que serão prestados ao público, tais como os da imprensa oficial, das estações experimentais e outros dessa natureza”⁴⁰, enquanto que os serviços ditos industriais seriam:

os que produzem renda para quem os presta, mediante a remuneração da utilidade usada ou consumida, remuneração, esta, que, tecnicamente, se denomina *tarifa* ou *preço público*, por ser sempre fixada pelo Poder Público, que quando o serviço é prestado por seus órgãos ou entidades, quer quando por concessionários, permissionários ou autorizatários. Os serviços industriais são *impróprios do Estado*, por consubstanciarem atividade econômica que só poderá ser explorada diretamente pelo Poder Público quando “necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (CF, art. 173)”⁴¹.⁴²

Maria Sylvia Di Pietro pretere a expressão serviço administrativo por considerá-la equivocada, uma vez que também costuma ser usada em sentido mais amplo para abranger todas as funções administrativas, distinguindo-as da legislativa e da jurisdicional e, ainda, para apontar os serviços que não são diretamente usufruídos pela comunidade.⁴³

Quanto à mesma classificação, mas, a seu turno, dispondo dos termos serviços sociais e serviços econômicos para se referir à classificação ora abordada - serviços administrativos e serviços industriais, respectivamente -, José dos Santos Carvalho Filho estatui que:

Serviços sociais são os que o Estado executa para atender aos reclamos sociais básicos e representam ou uma atividade propiciadora de

³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 299.

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 353.

⁴¹ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

⁴² *Ibidem*, p. 353-353.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 110.

comodidade relevante, ou serviços assistenciais e protetivos. Evidentemente, tais serviços, em regra, são deficitários, e o Estado os financia através dos recursos obtidos junto à comunidade, sobretudo pela arrecadação de tributos. Estão nesse caso os serviços de assistência à criança e ao adolescente; assistência médica e hospitalar; assistência educacional; apoio a regiões menos favorecidas; assistência às comunidades carentes etc.

[...]

De outro lado, os *serviços econômicos* são aqueles que, embora classificados como serviços públicos, rendem ensejo a que o prestador aufera lucros oriundos de sua execução, tendo esse tipo de atividade fisionomia similar à daquelas de caráter tipicamente empresarial (industrial e comercial). Não são deficitários, portanto, como os serviços sociais. Exemplos comuns são os serviços de energia elétrica, gás canalizado, transportes coletivos e outros do gênero.⁴⁴

Agora, passa-se ao exame, mais aprofundado, daquela classificação que se considera mais importante para a presente pesquisa, isto é, a classificação dos serviços públicos em coletivos (*uti universi*) e singulares (*uti singuli*). A relacionada classificação é pertinente, pois proporcionará, no terceiro capítulo deste trabalho, critérios para dirimir a questão da aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor (CDC)⁴⁵ aos serviços públicos, assim como a extensão dessa aplicação.

Isto posto, manifesta Hely Lopes Meirelles quanto à aludida classificação:

Serviços *uti universi* ou gerais: são aqueles que a Administração presta sem ter usuários determinados, para atender à coletividade no seu todo, como os de polícia, iluminação pública, calçamento e outros dessa espécie. Esses serviços satisfazem indiscriminadamente a população, sem que se erijam em direito subjetivo de qualquer administrado à sua obtenção para seu domicílio, para a sua rua ou para seu bairro. Estes serviços são de indivisíveis, isto é, não mensuráveis na sua utilização. Daí por que, normalmente, os serviços *uti universi* devem ser mantidos por *imposto* (tributo geral), e não por taxa ou tarifa, que é remuneração mensurável e proporcional ao uso individual do serviço.

Serviços *uti singuli* ou individuais: são aqueles que têm usuários determinados e utilização particular e mensurável para cada destinatário, como ocorre com o telefone, a água e a energia elétrica domiciliares. Esses serviços, desde que implantados, geram direito subjetivo à sua obtenção para todos os administrados que se encontrem na área de sua prestação ou fornecimento e satisfaçam as exigências regulamentares. São sempre serviços de utilização individual, facultativa e mensurável, pelo quê devem ser remunerados por *taxa* (tributo) ou *tarifa* (preço público), e não por imposto.⁴⁶

⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 300-301.

⁴⁵ Registra-se que, em alguns momentos desta pesquisa, Código de Defesa do Consumidor será representado pela sigla CDC.

⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 354.

Relativamente à mesma classificação, em seu manual, José dos Santos Carvalho Filho leciona o seguinte:

Os primeiros (serviços gerais) são prestados de acordo com as conveniências e possibilidades administrativas e, desse modo, não têm os indivíduos direito subjetivo próprio para sua obtenção, muito embora possam suas associações mostrar à Administração a necessidade de serem atendidos. Os serviços singulares, ao revés, criam direito subjetivo quando o indivíduo se mostra em condições técnicas de recebê-los. Se o serviço é prestado a outro que esteja na mesma situação jurídica, pode o interessado pleitear que a prestação também o alcance. A não ser assim, vulnerável estaria o princípio da impessoalidade (art. 37, CF)⁴⁷. Ocorrendo a vulneração, poderá o prejudicado recorrer à via judicial para reconhecimento de seu direito.⁴⁸

Nesse delinear, César A. Guimarães Pereira instrui que a distinção entre serviços *uti singuli* e *uti universi* decorre do regime constitucional brasileiro, uma vez que o art. 145, II⁴⁹ da Constituição Federal aduz à instituição de taxas por serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição. Disso, pode-se concluir pela existência de outros serviços públicos, não específicos nem divisíveis, mas prestados de modo indistinto, os quais não experimentariam a instituição de taxas. Desta forma, a Constituição Federal concebe duas categorias de serviços públicos, os prestados genericamente de modo indiscriminado a beneficiários indefinidos e os serviços públicos prestados a usuários individuais. Segundo o autor, “o reconhecimento constitucional das duas categorias estaria na previsão de taxas de serviço apenas relativas a uma das duas espécies”.⁵⁰

A par disso, depreende-se que, como o supracitado artigo da Constituição Federal estatui que taxas podem ser instituídas para remunerar serviços públicos específicos e divisíveis, em sentido contrário, é legítimo assegurar que serviços

⁴⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

⁴⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 300.

⁴⁹ Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

[...]

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

[...]

⁵⁰ PEREIRA, César A. Guimarães. **Usuários de Serviços Públicos**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 23.

públicos gerais e indivisíveis não podem ser apontados pelo legislador como casos de incidência de taxas.⁵¹

Como visto, os serviços públicos podem ser remunerados por taxa ou tarifa ou, conforme Hely Lopes Meirelles, por impostos. No entendimento de José dos Santos Carvalho Filho, os serviços públicos serão remunerados por taxas quando o Estado estiver investido de seu poder de império (autoridade), sendo tais serviços, próprios da sua soberania, de maneira que, nesse caso, não podem ser transferidos ao particular, já que, afinal, o valor cobrado se prestará, apenas, à cobertura dos gastos de sua execução.⁵²

Por outro lado, ainda conforme o autor, nos serviços remunerados por tarifas, que têm natureza contratual, os serviços podem ser prestados por particulares aptos a obter lucros com a atividade, sendo que, quando o próprio Estado os executa, atua como particular. São exemplos as tarifas de transporte, de energia elétrica e de uso de linha telefônica.⁵³

Em resumo, os serviços *uti universi* são remunerados, geralmente, por impostos cujo pagamento é obrigatório e decorrente de lei, independentemente da vontade do usuário (contribuinte). Aqui, o contribuinte não tem a prerrogativa de optar pelo fornecimento ou não do serviço, tampouco pela sua retribuição. Diversamente, os serviços *uti singuli*, em regra, são prestados pelo Estado, via delegação, por entes da administração descentralizada ou da iniciativa privada. Caracterizam relação contratual entre a administração pública e o usuário (consumidor), sendo remunerados por taxas, tarifas ou preços públicos.⁵⁴

A vista disso, se estudará, no quarto capítulo deste trabalho, que não são todos os serviços públicos que se subordinam às normas de proteção do consumidor. A incidência do Código de Defesa do Consumidor em detrimento do regime de direito administrativo está intimamente relacionada à classificação das atividades consideradas como serviço público, em especial, à classificação por último analisada, em função das formas de remuneração dessas espécies de serviços, que também serão aprofundadas adiante.

⁵¹ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 17. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 623.

⁵² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 307.

⁵³ *Ibidem*, p. 307.

⁵⁴ GIANCOLI, Brunno Pandori; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio. **Direito do consumidor: difusos e coletivos**. São Paulo: R. dos Tribunais, 2012. p. 45.

1.3 Formas de prestação de serviços públicos: concessão e permissão de serviços públicos

O art. 175⁵⁵ da Constituição Federal prevê que a prestação de serviços públicos pode acontecer de forma direta ou indireta sendo que, nesse último caso, a delegação se dá por meio de concessão e permissão de serviços públicos.

Pode-se afirmar que as formas de prestação de serviços públicos podem se apresentar das seguintes formas: centralizada, desconcentrada e descentralizada. Já as formas de execução desses serviços públicos, podem ser distinguidas entre execução direta e indireta, a serem analisadas em seguida.

Elias Freire elenca as formas de prestação de serviço público:

a) Serviço centralizado

É aquele através do qual o próprio Estado presta o serviço público através de seus diversos órgãos que compõem a estrutura administrativa da pessoa prestadora, ou seja, através da denominada administração direta⁵⁶. Nesse caso, o Estado é, ao mesmo tempo, o titular e o prestador de serviço.

b) Serviço desconcentrado

Serviço desconcentrado é aquele que a administração executa centralizadamente, mas distribui entre seus vários órgãos, para facilitar sua realização e obtenção pelos usuários. A desconcentração trata-se de uma técnica administrativa de simplificação e aceleração do serviço dentro de uma mesma entidade.

c) Serviço descentralizado

a descentralização consiste na retirada do serviço de dentro de uma entidade e transferência a outra para que o execute com mais perfeição e autonomia. Essa transferência da execução da atividade estatal pode dar-se à pessoa integrante ou não da Administração. Observe que a descentralização distingue-se da desconcentração. Nesta o processo é eminentemente interno; naquela, implica a transferência do serviço para outra entidade.⁵⁷

⁵⁵ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

⁵⁶ Segundo os termos do Decreto-Lei, que estabelece conceitos de maneira restrita ao âmbito do Poder Executivo federal, a Administração Direta é composta dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios, enquanto que, a Administração Indireta fica definida como aquela formada pelas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas, todas dotadas de personalidade jurídica própria.

⁵⁷ FREIRE, Elias Sampaio. Direito administrativo: teoria e 1000 questões. 5. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 272.

Na mesma linha, o serviço descentralizado pode ser processado pelo Estado através da outorga ou da delegação. Para Hely Lopes Meirelles, há outorga quando o Estado cria uma entidade e a ela cede, por lei, determinado serviço público, enquanto que há a delegação quando o Estado cede, dessa vez, por contrato (concessão ou consórcio público) ou ato unilateral (permissão ou autorização), unicamente a execução do serviço, para que o delegado o forneça ao público em seu nome e por sua conta e risco, nas condições previamente regulamentadas e sob controle estatal.⁵⁸

Nas palavras do escritor, distinguir serviço outorgado de serviço delegado é fundamental uma vez que “aquele é transferido *por lei* e só *por lei* pode ser retirado ou modificado, e este tem apenas sua execução traspassada a terceiro, por *ato administrativo* (bilateral ou unilateral), pelo quê pode ser revogado, modificado e anulado, como o são os atos dessa natureza.”⁵⁹

Agora quanto às formas de execução do serviço público, infere-se, do referido art. 175 da Constituição, que a execução direta é aquela realizada pela administração pública, tanto pela administração direta, quanto pela indireta. Por seu turno, a execução indireta é a realizada por particulares, mediante delegação, nas modalidades de concessão ou de permissão de serviços públicos, ambas obrigatoriamente precedidas de licitação.⁶⁰

Em adição, o ensinamento, ainda de Hely Lopes Meirelles, que apresenta uma abordagem mais abrangente quanto às execuções diretas e indiretas dos serviços públicos:

Execução direta do serviço – É a realizada pelos próprios meios da pessoa responsável pela sua prestação ao público, seja esta pessoa estatal, autárquica, fundacional, empresarial, paraestatal ou particular. Considera-se serviço *em execução direta* sempre que o encarregado de seu oferecimento ao público o realiza pessoalmente, ou por seus órgãos, ou por seus prepostos (não por terceiros contratados). [...]

Execução indireta do serviço – É a que o responsável pela sua prestação aos usuários comete a terceiros para realizá-los nas condições regulamentares. Serviço próprio ou delegado, feito por outrem é *execução indireta*. Portanto, quer a Administração direta, quer a Administração indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista) [...], ou as empresas privadas e particulares que receberem serviços

⁵⁸ *Ibidem*, p. 364

⁵⁹ *Ibidem*, p. 364

⁶⁰ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 17. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 623.

públicos para prestar aos destinatários, podem, em certos casos, *executar indiretamente o serviço*, contratando-o (não delegando) com terceiros.⁶¹

O mesmo autor acrescenta que “a possibilidade de execução indireta depende, entretanto, da natureza do serviço, pois alguns existem que não admitem substituição do executor, como, p. ex., os de polícia, e para outros a própria outorga ou delegação proíbe o traspasse da execução.”⁶²

Dessa maneira, tem-se que, conforme Hely Lopes Meirelles, a delegação é utilizada para a transferência da execução de serviços públicos a particulares (descentralização), mediante regulamentação e controle estatal.⁶³ Assim, conforme o disposto pelo art. 175 da Constituição Federal, passaremos à análise das modalidades de delegação através das quais os serviços públicos podem ser prestados indiretamente: concessão e permissão.

Nessa toada, a União editou a Lei 8.987/1995, respaldada no art. 22, XXVII⁶⁴, da Constituição Federal, que confere à União competência legislativa para a edição de normas gerais – de obrigatória observância pelos órgãos e entidades administrativos de todos os níveis da Federação – sobre licitações e contratos e, no parágrafo único do art. 175⁶⁵, também da Constituição Federal, que prevê a edição de lei dispondo sobre o regime jurídico das concessões e permissões de serviços públicos.⁶⁶

Referida legislação consiste no regulamento geral sobre os regimes de concessão e permissão de serviços públicos, tratando-se de lei de caráter nacional, sendo aplicável à União, aos estados, ao Distrito federal e aos Municípios. Vale destacar, contudo, que os diversos entes federados podem editar leis próprias, acerca de concessões e permissões de serviços públicos, atinentes a suas esferas

⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 365-366.

⁶² *Ibidem*, p. 366.

⁶³ *Ibidem*, p. 409.

⁶⁴ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

[...]

⁶⁵ Vide nota 52.

⁶⁶ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 17. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 636.

de competências, desde que tais leis específicas não contrariem as normas gerais estabelecidas pela Lei 8.987/1995.⁶⁷

Cabe ressaltar que, do âmbito de regência da Lei 8.987/1995, estão expressamente excluídos, por disposição de seu art. 41⁶⁸, as concessões e permissões (e autorizações) para os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (rádio e televisão).⁶⁹

Importante anotar, antes de explorar os conceitos dos institutos da concessão e da permissão, que, conforme esclarece Antônio Carlos Cintra do Amaral, somente o serviço público específico e divisível⁷⁰, que possa ser prestado ao usuário mediante pagamento de tarifa, é passível de ser objeto de concessão e permissão. Dessa maneira, o serviço público sendo específico e divisível poderia ser executado de duas formas: diretamente pelo poder público (ou simplesmente posto à disposição) mediante o pagamento de uma taxa, ou indiretamente, mediante concessão e permissão, remunerado, nesse último caso, por tarifa.⁷¹

Passando-se ao exame das concessões de serviços públicos, não obstante a Constituição tenha tratado do referido instituto, em seu art. 175, não se atentou em conceituá-lo, o que somente ocorreu com a edição da Lei 8.987/1995, que define, em seu art. 2º, II, que a “concessão de serviço público é a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.⁷²

Marçal Justen Filho considera, entretanto, que a definição legal é precária e insuficiente, sendo que alguns trechos da lei padecem de defeitos lógicos que descaracterizam sua própria função, e que as definições formuladas no art. 2º⁷³ da

⁶⁷ *Ibidem*, p. 636.

⁶⁸ Art. 41. O disposto nesta Lei não se aplica à concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 705.

⁷⁰ Veremos no capítulo 4 que estes também são requisitos para definir a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos.

⁷¹ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessões de serviços públicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 19.

⁷² MOLLIN, Waldirene Gobetti Dal. **Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos prestados mediante concessão**. 2005. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

⁷³ Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

Lei 8.987/1995 não apresentam função descritiva (normativa), mas sim, meramente prescritiva. Complementa afirmando que a menção de que a concessão se dá mediante licitação não define o instituto, mas tão somente a forma como ele deverá ocorrer, podendo-se verificar o mesmo quanto à capacidade do concessionário: nem a sua idoneidade, tampouco o prazo de duração da concessão definem tal instituto.⁷⁴

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na mesma linha de raciocínio, observa que o conceito legal serve apenas aos objetivos da lei, não contendo todos os elementos necessários para caracterizar adequadamente a modalidade de contrato. Consoante à autora, o dispositivo não se refere à concessão como contrato e, também, não aponta a forma de remuneração característica do instituto, isto é, a tarifa paga pelo usuário.⁷⁵

Desta feita, após apresentadas tais considerações, observa-se que o conceito legal de concessão de serviço público é formado por requisitos que não lhe dão devida forma, cumpre recorrer ao entendimento doutrinário com o escopo de buscar a correta definição do instituto.

Inaugurando a análise sobre os conceitos elaborados pela doutrina em relação ao tema ora abordado, o que pensa Celso Antônio Bandeira de Mello:

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o *exercício* de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se *pela própria exploração do*

I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público**. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, Editora Fórum, n.1, janeiro/março de 2003. Disponível na Internet: <<http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf60.pdf>>. Acesso em: 06 de janeiro de 2013.

⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 50.

serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.⁷⁶

Já Marçal Justen Filho, o qual defende que a concessão de serviços públicos pode materializar-se de diferentes modos, fato que dificulta a conceituação do instituto, define, o que ele chama de *concessão comum*, como “um contrato plurilateral [...], por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento.”⁷⁷

Como Marçal Justen Filho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro também considera a concessão um contrato, estabelecendo conceito próximo ao de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.⁷⁸

José dos Santos Carvalho Filho, o qual qualifica de *simples* a concessão de serviço público - objetivando distingui-la da modalidade em que, além do serviço, o Estado delega também a construção de obra pública - , define o instituto como “o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de certa atividade de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários”.⁷⁹

A seu turno, o conceito de Hely Lopes Meirelles, que apresenta outras características contratuais desta modalidade de delegação:

Concessão é a delegação contratual da *execução do serviço*, na forma autorizada e regulamentada pelo Executivo. O contrato de concessão é ajuste de Direito Administrativo, bilateral, oneroso, comutativo e realizado *intuito personae*. Com isto se afirma que é um acordo administrativo (e não um ato unilateral da Administração), com vantagens e encargos recíprocos, no qual se fixam as condições de prestação do serviço, levando-se em consideração o interesse coletivo na sua obtenção e as condições pessoais de quem se propõe a executá-la por delegação do poder concedente. Sendo um contrato administrativo, como é, fica sujeito a todas as

⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 701.

⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 722.

⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 294.

⁷⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 338.

imposições da Administração necessárias à formalização do ajuste, dentre as quais a autorização governamental, a regulamentação e a licitação.⁸⁰

O mesmo autor realça que, com a concessão, o poder concedente não traspassa a propriedade do serviço, tampouco abre mão de qualquer direito ou prerrogativa pública. É apenas a execução do serviço que sofre delegação, dentro dos limites e condições legais ou contratuais, sempre mantidas a regulamentação e a fiscalização do concedente.⁸¹ Nesse mesmo norte, reforça:

Como o serviço, apesar de concedido, continua sendo *público*, o poder concedente – União, Estado-membro, Município – nunca se despoja do direito de explorá-lo direta ou indiretamente, por seus órgãos, suas autarquias e empresas estatais, desde que o interesse coletivo assim o exija. Nessas condições, permanece com o poder concedente a faculdade de, a qualquer tempo, no curso da concessão, retomar o serviço concedido, mediante indenização, ao concessionário, dos lucros cessantes e danos emergentes resultantes da encampação⁸². As indenizações, em tal hipótese, serão as previstas no contrato, ou, se omitidas, as que foram apuradas amigável ou judicialmente.⁸³

Ele continua, aduzindo que, em regra, a concessão deve ser conferida sem exclusividade, promovendo, sempre que possível, a competição entre os interessados, o que favorece os usuários com melhores serviços e tarifas mais baixas. Complementa asseverando que “apenas quando houver inviabilidade técnica ou econômica de concorrência na prestação do serviço, devidamente justificada, admite-se a concessão com exclusividade (Lei 8.987/1995, art. 16⁸⁴).”⁸⁵

Isto posto, o que se pode depreender da doutrina transcrita e, também, do próprio conceito legal, é que a concessão nada mais é do que um instrumento por meio do qual se vale o Estado para delegar ou transferir a terceiros (pessoas jurídicas de direito público ou privado) a execução de uma atividade que lhe é típica, mantendo-se na titularidade de tais serviços. O objeto e a finalidade da concessão estão, justamente, na execução do serviço e, em razão disso, a pessoa jurídica, que

⁸⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 409 – 410.

⁸¹ *Ibidem*, p. 410.

⁸² O mesmo autor esclarece que a encampação, também chamada de resgate, consiste na retomada coercitiva do serviço pelo poder concedente, ocorrendo durante o prazo da concessão e por motivo de interesse público. É vedado ao concessionário oposição ao ato, contudo, este tem direito à indenização dos prejuízos efetivamente causados pelo ato de império do Poder Público, sendo que o parâmetro de cálculo está disposto no art. 36 da Lei nº.8.987/95. *Ibidem*, p. 410.

⁸³ *Ibidem*, p. 410.

⁸⁴ Art. 16. A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta Lei.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 410.

se compromete com a prestação de serviços públicos através da concessão, estará sujeita a observar todos os princípios e restrições próprios de tais atividades.⁸⁶

Por oportuno, passa-se, então, ao exame da outra modalidade de delegação a terceiros, também estipulada no já citado art. 175 da Constituição Federal como forma de execução indireta dos serviços públicos: a permissão.

A referenciada Lei 8.987/1995, que regulamentou o artigo supracitado, define o instituto da permissão no seu art. 2º, inciso IV, como “a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco”. O art. 40 da mesma lei se remete à formalização desse instituto por meio de contrato de adesão, estabelecendo como suas características a precariedade e a revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente:

Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.
Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei.

Celso Antônio Bandeira de Mello cita, como exemplo de conceito tradicionalmente acolhido pela doutrina, o seguinte:

Permissão de serviço público [...] é ato unilateral e precário, *intuitu personae*, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários. Dita outorga se faz pro licitação [...] e pode ser gratuita ou onerosa, isto é, exigindo-se do permissionário pagamentos como contraprestação.⁸⁷

O mesmo autor enumera, ainda, os casos de cabimento do instituto ora em tela, isto é, hipóteses em que a possibilidade de revogação unilateral a qualquer tempo e sem qualquer indenização não acarretaria consequências econômicas danosas para o permissionário, uma vez que se trata de instituto aplicável, especialmente, diante dessas situações alteráveis, passageiras:

⁸⁶ MOLLIN, Waldirene Gobetti Dal. **Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos prestados mediante concessão**. 2005. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 759.

Pelo seu caráter precário, caberia utilizá-la, normalmente, quando; a) o permissionário não necessitasse alocar grandes capitais para o desempenho do serviço; b) poderia mobilizar, para diversa destinação e sem maiores transtornos, o equipamento utilizado ou, ainda, quando; c) o serviço não envolvesse implantação física de aparelhamento, que adere ao solo, ou, finalmente, quando; d) os riscos da precariedade a serem assumidos pelo permissionário fossem compensáveis seja pela extrema rentabilidade do serviço, seja pelo curtíssimo prazo em que se realizaria a satisfação econômica almejada.⁸⁸

Marcos Juruena Villela Souto explica que a dessemelhança entre a concessão e permissão de serviço público estaria no fato de que a concessão resulta de um acordo de vontades, consubstanciado em um contrato administrativo, no qual o particular-concessionário teria maior reserva para perseguir eventual recuperação do capital investido. Já na permissão, como classicamente entendida pela doutrina, constituída por meio de ato unilateral, possuindo a característica da precariedade, o particular-permissionário não teria as garantias de um contrato, podendo a Administração revogar seu ato unilateral a qualquer momento, resultando nos casos de cabimento da permissão, ou seja, hipóteses em que não houvesse grande investimento de capital por parte de particular.⁸⁹

Com isso, ocorre que, em termos legais, a Constituição Federal estabeleceu, em seu art. 175, que cabe licitação – que precede a celebração de contrato administrativo - tanto para a concessão quanto para a permissão, e, além disso, a Lei 8.987/1995, no art. 40, conforme visto, determinou que a permissão de serviço público seria formalizada mediante contrato de adesão, a despeito de ter mantido a precariedade e a revogabilidade unilateral do contrato, características típicas da permissão tradicionalmente compreendida.⁹⁰

Nessa conjuntura, a legislação posta, seja a constitucional ou a infraconstitucional, causou verdadeira confusão em relação ao instituto da permissão de serviço público.

Maria Sylvia Zanella di Pietro entende que a permissão “é, tradicionalmente, considerada ato unilateral, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de um serviço público, para que o

⁸⁸ *Ibidem*, p. 759.

⁸⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, concessões, terceirizações e regulação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 150.

⁹⁰ MATAYOSHI, Noemia Naomi. **O instituto da permissão de serviços públicos no atual ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília, 2004. Monografia (Especialização em Controle Externo – Área de Regulação de Serviços Públicos Concedidos) – Instituto Serzedello Corrêa, Tribunal de Contas da União.

exerça em seu próprio nome e por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário”. Ela apresenta um cenário sobre as transformações por que passa o instituto:

Não obstante seja de sua natureza a outorga *sem prazo*, tem a doutrina admitido a possibilidade de fixação do prazo, hipótese em que a revogação da permissão dará ao permissionário direito à indenização [...].

Segundo entendemos, a fixação de prazo aproxima de tal forma a permissão da concessão que quase desaparecem as diferenças entre os dois institutos. Em muitos casos, nota-se que a Administração celebra verdadeiros contratos de concessão sob o nome de permissão. Isto ocorre porque a precariedade inerente à permissão, com possibilidade de revogação a qualquer tempo, sem indenização [...] é inteiramente inadequada quando se cuida de prestação de serviço público. Trata-se de um empreendimento que, como outro qualquer, envolve gastos; de modo que dificilmente alguém se interessará sem ter as garantias de respeito ao equilíbrio econômico-financeiro, somente assegurado pelo contrato com o prazo estabelecido.

Daí as permissões com prazo, que desnaturam o instituto; e daí, também, o fato de haver quem impugne o caráter de permissão de determinados atos que a lei assim denomina [...] e até quem pregue, por sua inutilidade, a extinção do instituto [...].⁹¹

Por outro lado, Marçal Justen Filho defende que continuam a existir diferenças entre concessão e permissão, não sendo os dois institutos equivalentes, ainda que as diferenças clássicas entre eles venham sofrendo alterações ou supressões ao longo das mudanças jurídicas.⁹² Nesse viés, José dos Santos Carvalho Filho conclui que, entre concessão e permissão, existem dois pequenos – e insignificantes, na opinião do autor - pontos distintivos:

Primeiramente, enquanto a concessão pode ser contratada com pessoa jurídica ou consórcio de empresas, a permissão só pode ser firmada com pessoa física ou jurídica. Extrai-se, portanto, que não há concessão com pessoa física, nem permissão com consórcio de empresas. A diferença, pois, se encontra na natureza do delegatário, o que, deve registrar-se, é de uma irrelevância a toda prova.

Em segundo lugar, consta no conceito de permissão [...], que esse ajuste estampa delegação *a título precário*, ressalva que não se encontra na definição do negócio concessional [...]. Parece, assim, que o legislador considerou a permissão (mas não a concessão) como dotada de *precariedade* [...]. *Precariedade* é um atributo indicativo de que o particular que firmou ajuste com a Administração está sujeito ao livre desfazimento por parte desta, sem que se lhe assista direito à indenização por eventuais prejuízos.⁹³

⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 302.

⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 694.

⁹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 383 – 384.

Parece que, em termos teóricos e conceituais, a explicação quanto à precariedade é satisfatória, contudo, em termos práticos, raramente se encontrará hipóteses para aplicação do instituto nesses termos, uma vez que a maioria dos empreendimentos se baseia na exploração da atividade delegada para o retorno dos investimentos empregados.⁹⁴ Ademais, como frisa Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “difícilmente alguém se interessará sem ter as garantias de respeito ao equilíbrio econômico-financeiro”.⁹⁵

Com todo o exposto, conclui-se que a maneira pela qual foi disciplinada a permissão, se é que foi disciplinada, pode tornar bastante problemática a utilização da mesma ou, ao menos, facilitar abusos, por motivar a utilização de outras modalidades de licitação, que não a concorrência, sob a alegação de precariedade da delegação, em situações em que essa precariedade não se legitima.⁹⁶

De mais a mais, após passagem pelos conceitos de serviço público, por sua classificação e pelas formas por que essas atividades podem ser prestadas, cumpre verificar a relação de consumo, como tipicamente tratada pelo Direito do Consumidor, e de que maneira ela se associa aos serviços públicos, apurando quais são os direitos dos usuários dessas atividades, bem como as obrigações dos fornecedores dessas espécies de serviços.

⁹⁴ MATAYOSHI, Noemia Naomi. **O instituto da permissão de serviços públicos no atual ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília, 2004. Monografia (Especialização em Controle Externo – Área de Regulação de Serviços Públicos Concedidos) – Instituto Serzedello Corrêa, Tribunal de Contas da União.

⁹⁵ Ver nota 89.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 303.

2 A RELAÇÃO DE CONSUMO E OS SERVIÇOS PÚBLICOS

2.1 Elementos caracterizadores da relação de consumo

Cumprе tecer considerações a respeito dos conceitos básicos de consumidor (art. 2º do Código de Defesa do Consumidor), fornecedor (art. 3º) e serviços (art. 3º, § 2) já que tratam, respectivamente, das partes (sujeitos) e do objeto da relação estabelecida quando da utilização de determinado serviço público.

2.1.1 Consumidor

José Geraldo Brito Filomeno afirma que, dessarte, pode-se inferir que toda relação de consumo:

a)envolve basicamente duas partes bem definidas: de um lado, o adquirente de um produto ou serviço (“*consumidor*”), e, de outro, o fornecedor ou vendedor de um produto ou serviço (“*produtor/fornecedor*”); b) tal relação destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor; c) o consumidor, não dispondo, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhe são destinados, arrisca-se a submeter-se ao poder e condições dos produtores daqueles mesmos bens e serviços.⁹⁷

O art. 2º da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) conceitua consumidor nos seguintes termos:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Assim, “a acepção-padrão de consumidor abrange, portanto, aquelas pessoas físicas ou jurídicas que adquirem ou utilizam produtos ou serviços com o intuito de atender necessidades próprias”.⁹⁸

⁹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código Brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 31.

⁹⁸ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 131.

Contudo, Cláudia Lima Marques interpreta a expressão “destinatário final” que, da forma como prevista na lei, deixa algumas dúvidas:

Destinatário final é aquele *destinatário fático e econômico* do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação *teleológica*, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida “destinação final” do produto ou do serviço. Parece-me que destinatário final é aquele *destinatário fático e econômico* do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. O destinatário final é o consumidor final, o que retira o bem do mercado *ao adquiri-lo ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático)*, aquele que coloca um fim na cadeia de produção (*destinatário final econômico*), e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é consumidor final, ele está transformando o bem, utilizando o bem, incluindo o serviço contratado no seu, para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor, utilizando-o no seu serviço de construção, nos seus cálculos do preço, como insumo da sua produção.⁹⁹

Ainda assim, vale dizer que, no Brasil, existem duas correntes doutrinárias que desenvolvem entendimentos divergentes sobre o que vem a ser o “destinatário final” estipulado na lei.

Concordando com as discussões suscitadas pelo termo “destinatário final”, Elaine Cardoso de Matos Novais leciona quanto às discordâncias entre a teoria maximalista e a teoria finalista, respectivamente:

A primeira corrente busca uma interpretação extensiva do CDC, para vê-lo aplicado em todas as relações nas quais o produto ou serviço é retirado do mercado. Interessa aqui a destinação fática do bem, não importando se o produto ou serviço será reutilizado na cadeia produtiva. Ao revés, os finalistas pretendem a aplicação do microssistema de proteção do consumidor levando em consideração a destinação fática e econômica do bem, vale dizer, o CDC seria aplicado àqueles que não utilizam os produtos ou serviços como insumos de produção, não podendo os produtos ou serviços ser reutilizados na cadeia produtiva.¹⁰⁰

Nesse delinear, a corrente dos finalistas defende, nas palavras de Cláudia Lima Marques, que:

A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física

⁹⁹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2010. p. 105 – 106.

¹⁰⁰ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 132.

ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de toalhas que compra algodão para transformar [...].¹⁰¹

A vista disso, o Código de Defesa do Consumidor seria uma legislação geral sobre consumo, um código para a sociedade de consumo, que instituiria normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais poderiam assumir ora papéis de fornecedores, ora de consumidores.¹⁰²

A segunda das correntes seria a dos finalistas, os quais pregam uma interpretação restrita de “destinatário final”. A mesma autora instrui:

Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família; consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Considera que, restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída sobre casos em que o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o direito comercial já concede.¹⁰³

Também com esse viés mais restritivo, José Geraldo Brito Filomeno discorda quanto à inclusão das pessoas jurídicas no conceito de consumidor, já que estas desfrutam de força suficiente para promover sua defesa. Todavia, caso prevaleça a sua inclusão na interpretação do Código do Consumidor, excetua que assim devem ser entendidas apenas aquelas que adquirem produtos e serviços como bens de consumo e não como insumos necessários ao desenvolvimento de suas atividades lucrativas.¹⁰⁴

Portanto, conforme a interpretação finalista pura, a legislação deve se preocupar apenas com o economicamente mais vulnerável que adquire o produto ou serviço para consumo próprio, rejeitando-se a condição de consumidor àquele que desempenha atividade profissional, mesmo se utilizar o produto ou serviço fora de sua especialidade.¹⁰⁵

¹⁰¹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2010. p. 106.

¹⁰² *Ibidem*, p. 106.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 106.

¹⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código Brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 31.

¹⁰⁵ SCAPIN, Andréia Cristina. **A aplicação do código de defesa do consumidor às ações judiciais por alegado erro médico**. 2010. 285 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Por outro lado, Thierry Bourgoignie, que não afasta a possibilidade de pessoas jurídicas assumirem o papel de consumidoras, desde que presentes certas condições, certifica:

Partindo-se da presunção que o profissional não é consumidor¹⁰⁶, deve ser deixada ao profissional a faculdade de tomar esta qualidade, desde que ele preencha duas condições, que se acumulam: de uma parte, a ausência de similitude entre o bem e o serviço que são objeto do ato para o qual o profissional reclama sua qualidade de consumidor, e os bens ou serviços que são objeto de sua especialidade comercial ou profissional; de outra parte, a pequena dimensão de sua empresa revela uma presumível fraqueza de mercado.¹⁰⁷

Desse modo, diz-se que a pessoa jurídica pode ser consumidora, para efeitos de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, desde que esteja em posição de vulnerabilidade e obtenha bens de consumo. Em caso contrário, a relação estabelecida deverá seguir as regras de Direito Civil, Direito Comercial, Direito Administrativo ou outra área de conhecimento aplicável à espécie.¹⁰⁸

Elaine Cardoso de Matos Novais expõe que a interpretação do destinatário final a partir da teoria finalista apresenta maior harmonia com relação à busca de efetiva proteção ao consumidor, entretanto, isso não representa, necessariamente, a impossibilidade de pessoa jurídica ser considerada consumidora e, desta forma, ser abarcada pelas regras do Código de Defesa do Consumidor.¹⁰⁹

Nessa trilha, Roberto Senise Lisboa esclarece e ainda cita alguns exemplos ilustrando situações em que a pessoa jurídica é qualificada como consumidora:

[...] é mais coerente com o sistema jurídico implantado a partir do Código de Defesa do Consumidor o entendimento segundo o qual a pessoa jurídica pode ser consumidora, desde que o produto ou serviço por ela adquirido não venha a ser diretamente recolocado no mercado, ainda que mediante especificação ou transformação. A pessoa jurídica que adquire um produto que se destina a instrumentação de sua atividade profissional, mas que não se confunde com a própria atividade, é consumidora, pois se utilizará do bem para fim próprio. Alguns exemplos podem ser citados, para melhor elucidação: a) a máquina adquirida pelo fornecedor de biscoitos para a produção desse gênero alimentício é bem de consumo, pois o que será recolocado no mercado não é esse instrumento, porém o material que é por meio dela transformado e vem a compor quimicamente o biscoito; b) o

¹⁰⁶ O autor também adota a corrente finalista. *Ibidem*.

¹⁰⁷ BOURGOIGNIE *apud* NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 133.

¹⁰⁸ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 133.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 133.

material adquirido para transformação da qual resultará o biscoito (farinha, vitaminas, aroma, açúcar, sal) é bem que será recolocado no mercado, não podendo se considerar aquele que produz biscoitos como consumidor desses elementos [...].¹¹⁰

Elaine Cardoso de Matos Novais considera, então, destinatário final, tanto aquele que adquire produtos ou serviços para uso próprio sem finalidade de produção, como também quem, “mesmo buscando atuar na cadeia produtiva, adquire produto ou serviço oferecido de forma constante no mercado de consumo, independentemente do uso e destino que o adquirente pretende dar.” Em razão desse raciocínio, a autora entende ser aplicável referido entendimento em relação aos serviços públicos, os quais são oferecidos indistintamente a todos.¹¹¹

Concluindo sua posição quanto à possibilidade de pessoas jurídicas serem consideradas consumidoras, a autora coloca:

De qualquer modo, considerando a principiologia adotada pela legislação em comento, a vulnerabilidade do consumidor é característica marcante dessa figura da relação de consumo. O dito fato não exclui a possibilidade de as pessoas jurídicas figurarem como consumidoras, pois muitos casos há de empresas que, ao ingressarem numa relação de consumo, não dispõem do mesmo poder econômico da parte adversa com quem se contrata e apresentam algum tipo de vulnerabilidade em face do fornecedor.¹¹²

Por fim, cumpre dizer que, por força do contido no parágrafo único do art. 2º e nos arts. 17 e 29 do Código de Defesa do Consumidor, surgem os chamados consumidores por equiparação, entes assemelhados à figura do consumidor que se beneficiam dos direitos previstos na referida legislação por poderem ser atingidos ou prejudicados pelas atividades dos fornecedores no mercado. Estes são, a saber:

- a) a coletividade: o art. 2º, parágrafo único, equipara consumidor à ‘coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo’. Este dispositivo afirma o caráter difuso do direito do consumidor;
- b) vítima de acidente de consumo: no capítulo referente à responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço, prevê o art. 17 a equiparação a consumidores de todas as vítimas do evento. A finalidade desse dispositivo é dar a maior amplitude possível à responsabilidade pelo fato do produto e do serviço [...].
- c) pessoa expostas às práticas comerciais e à disciplina contratual: o art. 29 do CDC possui uma abrangência subjetiva bem mais extensa e ampla, bastando a simples exposição do consumidor às práticas comerciais ou à

¹¹⁰ LISBOA *apud* SCAPIN, Andréia Cristina. **A aplicação do código de defesa do consumidor às ações judiciais por alegado erro médico**. 2010. 285 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

¹¹¹ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 134.

¹¹² *Ibidem*, p. 134 – 135.

disciplina contratual. Prescinde-se, pois, de efetiva participação da pessoa na relação de consumo ou de ter sido atingida pelo evento danoso. A exposição, por si só, é suficiente.¹¹³

Com isso, conforme menciona Cláudia Lima Marques, não há diferenças entre as obrigações do fornecedor diante de qualquer consumidor, seja ele consumidor padrão ou consumidor equiparado, já que “todos receberam, sem distinções, o status de consumidor, e com relação a todos os fornecedores devem conduzir-se com a boa-fé e evitar danos.”.¹¹⁴

Vencida a análise do conceito de consumidor, passa-se, agora, à do outro protagonista da relação de consumo: o fornecedor.

2.1.2 Fornecedor

O conceito legal de fornecedor vem estampado no art. 3º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, reconhecendo-o como toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, assim como nos entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Quanto às atividades desempenhadas pelos fornecedores, José Geraldo Brito Filomeno aponta o seguinte:

[...] são utilizados os termos “*produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização* de produtos ou prestação de serviços”, ou, em síntese, a condição de fornecedor está intimamente ligada à atividade de cada um e desde que coloquem aqueles produtos e serviços efetivamente no mercado, nascendo daí, *ipso facto*, eventual responsabilidade por danos causados aos destinatários, ou seja, pelo *fato do produto*.¹¹⁵

Portanto, são fornecedores aqueles que propiciarem a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, atendendo às necessidades dos consumidores.

¹¹³ GIANCOLI, Brunno Pandori; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio. **Direito do consumidor: difusos e coletivos**. São Paulo: R. dos Tribunais, 2012. p. 31.

¹¹⁴ MARQUES *apud* NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 137.

¹¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código Brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 44.

Logo, a atividade profissional da pessoa física ou jurídica deve ser, em qualquer hipótese, o meio para que o consumidor possa adquirir produtos ou serviços.¹¹⁶

A atividade desenvolvida pelo fornecedor é qualquer uma das enumeradas no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, todavia, tal rol não é taxativo, alcançando, também, quaisquer outras atividades capazes de gerar relações de consumo, fazendo surgir direitos para os consumidores. Assim sendo, essencial ressaltar que a atividade empreendida pelo fornecedor deve ser contínua, não importando se empreendida de forma típica ou eventual.¹¹⁷

Com isso, tanto aquele que executa profissionalmente uma das atividades arroladas no referido artigo, quanto aquele que a pratica de forma eventual, desde que de modo repetitivo e não isolado, será considerado fornecedor.¹¹⁸

Salienta-se que a relação de consumo não se constata em negócios puramente civis, a exemplo da locação. Para se caracterizar a figura do fornecedor, não basta oferecer no mercado produtos e serviços, mas sim que o faça por meio de uma atividade rotineira, empresarial ou não. Desta forma, é possível notar que o conceito de fornecedor é mais irrestrito que o de empresário^{119, 120}.

Com o mesmo escopo, Cláudia Lima Marques faz as seguintes considerações:

A definição do art. 3º é ampla. Quanto ao fornecimento de produtos, o critério caracterizador é desenvolver atividades tipicamente profissionais, como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de uma certa habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos. Estas características vão excluir da aplicação das normas do CDC todos os contratos firmados entre dois consumidores, não profissionais, que são relações puramente civis, às quais se aplica o

¹¹⁶ SCAPIN, Andréia Cristina. **A aplicação do código de defesa do consumidor às ações judiciais por alegado erro médico**. 2010. 285 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

¹¹⁷ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 115 - 116.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 118.

¹¹⁹ Art. 966 do Código Civil: Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

¹²⁰ GIANCOLI, Brunno Pandori; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio. **Direito do consumidor: difusos e coletivos**. São Paulo: R. dos Tribunais, 2012. p. 39.

CC/2002. A exclusão parece-me correta, pois o CDC, ao criar direitos para os consumidores, cria deveres, e amplos, para o fornecedores.¹²¹

No mais, José Geraldo Brito Filomeno coloca que, a seu ver, fornecedor é “qualquer *pessoa física*, ou seja, qualquer um que, a título singular, mediante desempenho da atividade mercantil ou civil e de forma habitual, ofereça no mercado produtos ou serviços, e a *jurídica*, da mesma forma, mas em associação mercantil ou civil e de forma habitual”.¹²²

A despeito da preocupação em estabelecer quais pessoas físicas ou jurídicas poderiam ser consideradas fornecedoras, o Código de Defesa do Consumidor deixa claro que o aspecto fundamental para caracterização do fornecedor é a atividade profissional desempenhada. Nesse sentido Roberto Senise Lisboa deduz que “qualquer sujeito de direito pode ser considerado fornecedor, desde que exerça profissionalmente e de forma preponderante a atividade de fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo.”¹²³

Quanto à possibilidade do fornecedor ser pessoa jurídica de direito público, José Geraldo Brito Filomeno entende-o como

o próprio Poder Público, por si ou então por suas empresas públicas que desenvolvam atividade de produção, ou ainda as concessionárias de serviços públicos, sobrelevando-se salientar nesse aspecto que um dos direitos dos consumidores expressamente consagrados pelo art. 6º, mais precisamente em seu inc. X, é a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.¹²⁴

Então, e isto é de extrema importância para a presente pesquisa, indiscutível se torna o fato do poder público também poder assumir a condição de fornecedor de serviço toda vez que, por si ou por seus concessionários, operar no mercado de consumo, prestando serviços por meio de cobrança de preço. Preço público ou tarifa, conforme já visto, é a contraprestação paga pelos serviços utilizados pelos consumidores ao Estado.¹²⁵

¹²¹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2010. p. 106.

¹²² GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código Brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 43.

¹²³ LISBOA *apud* SCAPIN, Andréia Cristina. **A aplicação do código de defesa do consumidor às ações judiciais por alegado erro médico**. 2010. 285 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

¹²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código Brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 43.

¹²⁵ GIANCOLI, Brunno Pandori; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio. **Direito do consumidor: difusos e coletivos**. São Paulo: R. dos Tribunais, 2012. p. 39.

Quanto aos fornecedores denominados “entes despersonalizados”, José Geraldo Filomeno assim compreende “os que, embora não dotados de personalidade jurídica, quer no âmbito mercantil, quer no civil, exercem atividades produtivas de bens e serviços [...]”.¹²⁶

À vista disso, e de acordo com o previsto no citado art. 3º da legislação consumerista, entes despersonalizados também podem ser fornecedores de produtos e serviços. Aponta-se como exemplo a massa falida de determinado fornecedor de produtos ou de determinado prestador de serviços. Outro exemplo possível, para este caso, é o dos vendedores de produtos ou prestadores de serviço ambulantes (camelôs).¹²⁷

Encerrando a análise da conceituação de fornecedor, conclui-se que o critério caracterizador desse protagonista da relação de consumo é o desenvolvimento de atividades tipicamente profissionais, tais como comercialização e produção. Havendo remuneração, habitualidade e configurando uma relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor considera fornecedor mesmo o não profissional, incluindo, assim, o maior número possível de prestadores de serviços ou vendedores de produtos no conceito de fornecedor, os quais terão suas relações orientadas pela legislação consumerista.¹²⁸

Passa-se, então, ao exame do objeto da relação de consumo que nos é pertinente, isto é, aquilo que o fornecedor colocará à disposição do consumidor no mercado: o serviço.

2.1.3 Serviços

Tal como nos casos do consumidor e do fornecedor, o serviço também possui definição legal, sendo previsto, no parágrafo 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, como “qualquer atividade fornecida no mercado de

¹²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código Brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 44.

¹²⁷ GIANCOLI, Brunno Pandori; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio. **Direito do consumidor: difusos e coletivos**. São Paulo: R. dos Tribunais, 2012. p. 39.

¹²⁸ SCAPIN, Andréia Cristina. **A aplicação do código de defesa do consumidor às ações judiciais por alegado erro médico**. 2010. 285 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Interessante ressaltar que o Código considera serviço a atividade exercida mediante remuneração, ou seja, o serviço prestado gratuitamente não pode ser considerado objeto da relação de consumo.

A par disso, Cláudia Lima Marques ensina, em relação à exigência de remuneração:

A expressão utilizada pelo art. 3º do CDC para incluir todos os serviços de consumo é “mediante remuneração”. [...] Parece-me que a opção pela expressão “remunerado” significa uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no preço de todos) ou quando ele paga indiretamente o “benefício gratuito” que está recebendo. A expressão “remuneração” permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar, no sinalagma escondido (contraprestação escondida), uma remuneração indireta do serviço de consumo. Aqueles contratos considerados “unilaterais”, como o mútuo, assim como na poupança popular, possuem um sinalagma escondido e são remunerados.¹²⁹

De acordo com esse raciocínio, o comentário de Elaine Cardoso de Matos Novais quanto à ausência de remuneração e a remuneração indireta:

Consequentemente, se a proteção do consumidor ganhou espaço graças à necessidade de proteção da parte mais frágil contra os anseios daqueles que detêm o poderio econômico, caso o serviço prestado seja inteiramente gratuito, não há razão para invocar a legislação atinente às relações de consumo. No entanto, se o consumidor não remunera diretamente aquele serviço tido como *gratuito*, mas proporciona outra vantagem indireta para o fornecedor, mister se torna a incidência do CDC.¹³⁰

Ainda em relação à remuneração, vale reproduzir o preceito de José Geraldo Brito Filomeno, pertinente para o que se pretende verificar com esta pesquisa:

Importante salientar-se, desde logo, que aí não se inserem os “tributos”, em geral, ou “taxas” e “contribuições de melhoria”, especialmente, que se inserem no âmbito das relações de natureza tributária. Não se há de confundir, por outro lado, referidos tributos com as “tarifas”, estas, sim, inseridas no contexto dos “serviços” ou, mais particularmente, “preço público”, pelos “serviços” prestados diretamente pelo Poder Público, ou então mediante sua concessão ou permissão pela iniciativa privada. O que se pretende dizer é que o “contribuinte” não se confunde com “consumidor”, já que no primeiro caso o que subsiste é uma relação de

¹²⁹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2010. p. 158.

¹³⁰ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 130.

Direito Tributário, inserida a prestação de serviços públicos, genérica e universalmente considerada, na atividade precípua do Estado, ou seja, a persecução do bem comum.¹³¹

Em síntese, o serviço implica “a prestação de um fazer com valor econômico relevante, de um ato ou omissão útil e interessante no mercado de consumo, cuja remuneração pode ser direta ou indireta”.¹³²

Por previsão expressa da Lei 8.078/90, a incidência da legislação consumerista sobre as atividades bancárias, de crédito e financeiras revela-se indiscutível. Nélson Nery Jr. esclarece que os serviços bancários caracterizam-se como relações de consumo em decorrência de quatro circunstâncias, a saber: “a) por serem remunerados; b) por serem oferecidos de modo amplo e geral, despersonalizado; c) por serem vulneráveis os tomadores de tais serviços, na nomenclatura própria do CDC; d) pela habitualidade e profissionalismo na sua prestação”.¹³³

No tocante às atividades securitárias, estas se encontram igualmente submetidas às disposições do Código de Defesa do Consumidor, como exemplo dos contratos de seguro, planos de saúde, planos funerários e de previdência privada. Cláudia Lima Marques assegura que, em todos esses casos, “existe um destinatário final do serviço prestado pela empresa seguradora, organizadora ou operadora, que se enquadra no conceito de consumidor instituído no art. 2º e parágrafo único do CDC, impondo-se a aplicação das normas consumeristas.”¹³⁴

A respeito da ressalva também expressa no Código consumerista sobre sua aplicação nas relações de trabalho, Elaine Cardoso de Matos Novais esclarece:

Exclusão clara fez a lei quanto às relações trabalhistas, as quais já pertencem a outro microssistema devidamente delineado com base na desigualdade existente entre empregador e empregado e que, por suas peculiaridades, foi sabiamente afastada pelo legislador ao elaborar o CDC. Note-se, entretanto, que as relações trabalhistas afastadas da incidência do CDC são aquelas típicas, em que há trabalho subordinado, e não, a locação de serviços ou empreitadas de mão-de-obra ou empreitadas mistas (mão-de-obra e materiais), as quais, por não afastarem o poder de direção do

¹³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código Brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 49.

¹³² NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 130.

¹³³ NERY JÚNIOR *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código Brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 50.

¹³⁴ MARQUES *apud* Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 127.

trabalhador sobre a própria atividade, sujeitam-se às determinações consumeristas.¹³⁵

Ponto relevante sobre os serviços é a questão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos, tema que será mais apropriadamente desenvolvido no quarto capítulo deste trabalho.

Afinal, após apreciação dos elementos que configuram a relação jurídica encontrada quando da utilização de um serviço público, isto é, os sujeitos - consumidor e fornecedor - e o objeto - serviço -, convém averiguar quais seriam as obrigações dos fornecedores de serviços públicos, assim como quais são os direitos especialmente reservados aos consumidores dessa espécie de serviço.

2.2 Os direitos do consumidor/usuário de serviços públicos

Cumpre, então, sondar os direitos estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor e nas leis específicas, no que se refere ao consumidor/usuário de serviços públicos, em especial o direito a adequada e eficaz prestação de tais serviços.

Tecendo comentários com relação à posição de destaque ocupada pelo usuário diante da prestação de serviço público, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma:

Realmente, a figura estelar em tema de serviço público só pode mesmo ser o usuário, já que o serviço é instituído unicamente em seu prol. Aliás, de fora parte a promoção da ordem e da paz social, a justificativa substancial para a existência do próprio Estado é, precisamente, a de oferecer aos administrados as utilidades e comodidades que se constituem nos serviços públicos.¹³⁶

Em relação aos direitos básicos, materiais e processuais, dos consumidores, o art. 6º do Código de Defesa do Consumidor fixou um rol, não taxativo, uma vez que a defesa do consumidor, enquanto direito fundamental, possui ampla proteção.¹³⁷

¹³⁵ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 128.

¹³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 743.

¹³⁷ MATAYOSHI, Noemia Naomi. **O instituto da permissão de serviços públicos no atual ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília, 2004. Monografia (Especialização em Controle Externo

Assim, de acordo com aquele dispositivo legal, os fornecedores ficam obrigados a promover a proteção da vida, saúde e segurança dos consumidores, quando do oferecimento, no mercado de consumo, de serviços¹³⁸ avaliados como perigosos ou nocivos.¹³⁹

Dentre esses direitos básicos previstos no referido artigo, pode-se citar, também, o direito que tem o consumidor à educação e à divulgação sobre o adequado consumo dos serviços, assegurando-se a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações.

Para garantir que o consumidor esteja apto a consumir de forma livre e consciente, ele precisa ser informado¹⁴⁰ de maneira adequada e clara sobre os serviços que está adquirindo. Especificações quanto à quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam, devem estar sempre corretas.

O Código confere, igualmente, proteção contra publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de serviços.

– Área de Regulação de Serviços Públicos Concedidos) – Instituto Serzedello Corrêa, Tribunal de Contas da União.

¹³⁸ Em todo tempo, o Código de Defesa do Consumidor refere-se sempre a produtos e serviços, contudo, como o foco da pesquisa está nos serviços, em especial, os públicos, será citado apenas esse objeto da relação de consumo.

¹³⁹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

- I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;
- II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;
- III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;
- IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;
- V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;
- VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;
- [...]
- X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

¹⁴⁰ Trata-se de um dos direitos mais importantes da relação de consumo, já que está diretamente relacionado com o princípio da transparência, da informação e da vulnerabilidade. A devida informação torna-se imprescindível para o consumidor ocupar posição de igualdade com o fornecedor.

O direito à informação não é um fim em si, visto que, na verdade, tem por finalidade garantir ao consumidor o exercício de outro direito, o de escolher conscientemente. GIANCOLI, Brunno Pandori; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio. **Direito do consumidor: difusos e coletivos**. São Paulo: R. dos Tribunais, 2012. p. 64.

A lei prevê, ainda, o direito de modificar cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em função de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas e, além disso, a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

Ademais, os incisos VII e VIII¹⁴¹, do aludido artigo, definem preceitos de ordem processual, garantindo o acesso aos órgãos judiciários e administrativos e a adequada reparação ou prevenção dos direitos do consumidor.

Ao final, o inciso X do artigo citado, mais especificamente em relação aos serviços relevantes para esta pesquisa, estabelece como direito a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Com efeito, inciso X, esse não é o primeiro dispositivo da Lei 8.078/90 que se refere à prestação de serviços públicos. Logo, no art. 4º, inciso VII, no Capítulo sobre a Política Nacional de Relações de Consumo, encontra-se a racionalização e melhoria de tais serviços como princípios a serem observados objetivando-se o atendimento das necessidades dos consumidores.

Sobre o princípio da racionalização e melhoria dos serviços públicos e a Política Nacional de Relações de Consumo, José Geraldo Brito Filomeno comenta o papel e a responsabilidade do Poder Público, apresentando, mais uma vez, a importante distinção entre serviços públicos remunerados por taxa e por tarifas ou preços públicos:

Assim, embora se tenha que fazer uma distinção a mais clara possível entre “serviço público derivado da atividade precípua do Estado, visando ao bem comum” – educação, saúde, saneamento básico, construção de estradas – e “serviço público ou de produção de bens com vistas ao atendimento de necessidades específicas e não cobertas pela iniciativa privada” – transporte coletivo de passageiros das cidades, serviços e fornecimento de eletricidade, telefonia, água etc. –, os primeiros como resultado dos tributos em geral da população, e os segundos de tarifas ou “preços públicos”, a

¹⁴¹ Art. 6º: São direitos básicos do consumidor:

[...]

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

verdade é que incumbe ao Poder Público idêntica responsabilidade no bom equacionamento das “relações de consumo”.¹⁴²

Nas palavras de Elaine Cardoso de Matos Novais, racionalização e melhoria dos serviços públicos significa que, “da mesma forma que a iniciativa privada deve aprimorar-se para oferecer [...] serviço cada vez melhor para o destinatário final, também aqueles que fornecem serviços públicos deverão preocupar-se com a garantia de segurança, saúde e qualidade dos serviços oferecidos aos consumidores.”¹⁴³

Vale dizer que a matéria atinente à adequada e eficaz prestação dos serviços públicos prevista no Código de Defesa do Consumidor é tratada, especificamente, na Lei 8.987/95 que, segundo visto, dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal. A Lei das Concessões e Permissões também discorre acerca de direitos e deveres do usuário, prevendo de maneira expressa a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos usuários desse serviço.

A par disso, Cláudia Lima Marques lembra que, no V Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor realizado em 2000, no painel referente ao Direito Básico de Acesso ao Consumo, aprovou-se, por unanimidade, a Conclusão 2, a qual enuncia: “aplicam-se as normas do CDC aos serviços públicos executados mediante o regime da concessão, cabendo ao intérprete potencializar a utilização das normas do Código em conjunto com as regras protetivas do consumidor, existentes nas leis específicas que regulam cada um dos serviços”.¹⁴⁴

Diante disso, vale dizer que a análise da temática ora em comento deve se dar à luz da lei das Concessões e Permissões, em especial, de seu Capítulo III (dos direitos e obrigações dos usuários). Isso porque o próprio *caput* do art. 7º¹⁴⁵ da

¹⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código Brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 98

¹⁴³ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 140.

¹⁴⁴ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2010. p. 258.

¹⁴⁵ Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários: (grifo no original)

I - receber serviço adequado;

II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;

III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente.

lei não exclui a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, reconhecendo a vulnerabilidade técnica e fática dos usuários de serviços públicos, ou seja, os direitos previstos na lei não excluem os do Código nem o contrário. As previsões das duas legislações devem, na realidade, coexistir de modo conjunto e complementar, sempre buscando tornar mais potente a proteção ao usuário/consumidor.

“Há dois grupos de conjuntos normativos que regulam os direitos dos usuários: o primeiro está na Lei nº 8.078/90 – o Código de Defesa do Consumidor; o segundo se encontra na Lei nº 8.987/95 – o Estatuto das Concessões”¹⁴⁶. É o que afirma José dos Santos Carvalho na mesma diretriz.

Com a mesma orientação, Elaine Cardoso de Matos Novais entende que “as regras constantes do Código de Defesa do Consumidor complementam as disposições constantes da Lei de Concessões e de outras normas específicas acerca dos direitos dos usuários-consumidores de serviços públicos”.¹⁴⁷

Desse modo, o referido estatuto (Lei 8.987/95) prevê que o usuário de serviços públicos tem o direito a obter prestação adequada dos serviços, de escolher dentre os prestadores disponíveis, afora o direito de informar-se e ser informado das condições a eles relativas, de participar de sua administração, tanto através de fiscalização quanto de sugestões sobre a sua prestação. Além do mais, o delegatário/fornecedor não pode negar ou interromper a prestação, já que, uma vez que as exigências estabelecidas sejam cumpridas pelo usuário, o concessionário fica obrigado a proporcionar o serviço de modo contínuo e regular, salvo nas hipóteses previstas no parágrafo 3º do art. 6º¹⁴⁸ da lei de concessões.

Posteriormente, foi acrescentado, nos termos do art. 7º-A¹⁴⁹ da lei, o direito do usuário de escolher, dentro do mês de vencimento, os dias de vencimentos de seus

IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;

V - comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;

VI - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.

¹⁴⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 367.

¹⁴⁷ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 195.

¹⁴⁸ Ver nota seguinte.

¹⁴⁹ Art. 7º-A. As concessionárias de serviços públicos, de direito público e privado, nos Estados e no Distrito Federal, são obrigadas a oferecer ao consumidor e ao usuário, dentro do mês de vencimento, o mínimo de seis datas opcionais para escolherem os dias de vencimento de seus débitos. [\(Incluído pela Lei nº 9.791, de 1999\)](#)

débitos, dentre, no mínimo, seis datas opcionais oferecidas pelas concessionárias de serviços públicos, de direito público e privado, nos Estados e no Distrito Federal.

Retomando-se a análise da adequação, sabe-se tratar de atributo substancial exigido nos serviços públicos, sendo estabelecido pelo art. 6º¹⁵⁰ da Lei 8.987. Dado que não se tem fórmula exata do que venha a ser serviço adequado, porquanto a dinâmica e a evolução da sociedade acarretam constantes mudanças das necessidades humanas, além da introduzida pela lei - a qual considera adequado o serviço que satisfaça as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas -, calha buscar na doutrina entendimentos complementares.

Portanto, o que pensa José dos Santos Carvalho Filho a respeito da adequação:

De fato, o serviço delegado é prestado em favor da coletividade. Assim sendo, maior deve ser o cuidado do Poder Público e do prestador na qualidade do serviço. [...] Veja-se que o legislador atrelou à noção de serviço adequado a observância dos princípios que devem nortear a prestação de serviços públicos¹⁵¹, demonstrando claramente sua intenção de beneficiar e garantir os destinatários dos serviços – os usuários.¹⁵²

Nesse passo, o autor continua aduzindo que “o primeiro e fundamental direito reside no recebimento de serviço adequado, ou seja, o serviço que realmente atenda a seus reclamos” e que a adequação do serviço, enquanto direito do usuário, “é noção que está ligada aos princípios administrativos de prestação de serviços, como os da regularidade, continuidade, eficiência etc”.¹⁵³

Com o mesmo raciocínio, Hely Lopes Meirelles aponta que os princípios dos serviços públicos, que serão mais detidamente analisados no item seguinte, –

¹⁵⁰ Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

¹⁵¹ Conforme visto, há cinco princípios que regem todo serviço público, de presença obrigatória na sua prestação: generalidade, permanência, eficiência, modicidade e cortesia.

¹⁵² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 365.

¹⁵³ *Ibidem*. p. 367.

generalidade, permanência, eficiência, modicidade e cortesia – ficam, na verdade, sintetizados na expressão “serviço adequado”.¹⁵⁴

A respeito dos outros elementos que, segundo a lei, caracterizam um serviço como adequado, ressalta-se a continuidade como um dos mais importantes princípios regedores das concessões e permissões. Com efeito, apenas em situações emergenciais ou naquelas em que houver prévio aviso é que se valida a interrupção, e assim mesmo quando houver causas de ordem técnica ou de segurança das instalações, ou na hipótese de inadimplência do usuário, levado em conta o interesse da coletividade.¹⁵⁵

No que se refere à paralisação da prestação do serviço em face do inadimplemento do usuário, consta-se que:

[...] a exigência legal de que seja ‘considerado o interesse da coletividade’ tem sido interpretada, de um modo geral, como uma vedação a que a concessionária (ou permissionária) interrompa a prestação do serviço público quando isso possa inviabilizar o funcionamento dos estabelecimentos de interesse do grupo social, tais quais escolas, hospitais, repartições públicas. Nesses casos, se o estabelecimento usuário se tornar inadimplente, a concessionária deverá cobrar a dívida utilizando os meios ordinários de cobrança, manejando a ação cabível perante o Poder Judiciário.¹⁵⁶

Faz-se oportuno anotar a lição de Dinorá Adelaide Musetti Grotti quanto ao atributo da regularidade do serviço público e sua relação com a continuidade, na configuração de um serviço adequado:

A regularidade do serviço público demonstra a necessidade de o serviço ser prestado de acordo com as regras que disciplinem tal atividade, não se confundindo com a continuidade, a qual indica necessidade da prestação do serviço essencial sem interrupções. Essas duas condições do serviço são interligadas, sendo a regularidade um *plus* em relação à continuidade, porquanto um serviço poderá ser contínuo e não-regular, caso não esteja obedecendo às regras pertinentes, mas para ser regular, deverá ser obrigatoriamente contínuo.¹⁵⁷

Igualmente, demandam destaque os requisitos da cortesia e da modicidade das tarifas. Elaine Cardoso de Matos Novais instrui que, como

¹⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 419.

¹⁵⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 365 – 366.

¹⁵⁶ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 17. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 671.

¹⁵⁷ GROTTI *apud* NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 239.

obrigações dos prestadores de serviços públicos, esses atributos se legitimam pela exigência do bom atendimento ao usuário e pelo estabelecimento de tarifas aptas a tornar o serviço acessível à coletividade. Não obstante, “cumpre destacar que este último preceito não impõe simplesmente a necessidade do baixo valor das tarifas, mas sim, do menor custo diante dos gastos empreendidos para a execução de serviço adequado”.¹⁵⁸

Quanto ao atributo da “atualidade”, convém anotar que tal requisito não se restringe apenas à exigência de atualização, de modernidade dos materiais e técnicas. Com efeito, na definição do termo, a lei também incluiu a conservação dos equipamentos e instalações e, ainda, a melhoria e expansão do serviço.¹⁵⁹

Contudo, não somente direitos foram reservados aos usuários. A lei lhes atribui, também, obrigações, tendo em vista que, não obstante sejam os destinatários da atividade, têm o dever de cooperar com o Poder Público para a melhoria e regularidade dos serviços.¹⁶⁰

Desta feita, em termos de obrigações por parte dos consumidores, destacam-se o dever de remunerar o concessionário pelo gozo do serviço, de respeito aos prestadores, assim como à integridade dos bens reservados a proporcionar a adequada prestação, estando sujeitos, ainda, à responsabilização civil, administrativa e penal, por atos ilícitos.¹⁶¹

Em face de tudo isso, o que se pretendeu demonstrar, no presente tópico, foi que os direitos dos usuários/consumidores de serviços públicos vão além daqueles previstos no Código do Consumidor, ficando, também, resguardados de maneira complementar, por leis específicas, aumentando a abrangência e a potência da proteção reservada ao hipossuficiente da relação de consumo configurada quando da fruição de determinado serviço público.

¹⁵⁸ Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 239.

¹⁵⁹ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 17. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 671.

¹⁶⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 368.

¹⁶¹ MATAYOSHI, Noemia Naomi. **O instituto da permissão de serviços públicos no atual ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília, 2004. Monografia (Especialização em Controle Externo – Área de Regulação de Serviços Públicos Concedidos) – Instituto Serzedello Corrêa, Tribunal de Contas da União.

Nesse contexto, será tratado, no próximo item, das obrigações dos prestadores de serviço público que decorrem, sobretudo, do principal e fundamental direito do usuário: o serviço adequado.

2.3 As obrigações do fornecedor/prestador de serviços públicos

O serviço público, prestado diretamente pelo Poder Público, por seu permissionário ou concessionário, deve satisfazer às condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança e modicidade das tarifas, sendo esse direito também estabelecido pela Lei 8.987/95.

Os deveres dos órgãos públicos e das empresas, concessionárias e permissionárias, ou sob qualquer outra forma de empreendimento estão previstos no art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, devendo oferecer, dentre outros compromissos, serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Desse modo, se o fornecedor não desempenhar o estabelecido em lei, deverá assumir eventuais perdas e danos.

Como punição, pode-se citar, também, o art. 59 da Lei 8.987/95, o qual, no seu § 1º, determina pena de cassação da concessão para a concessionária de serviço público que violar obrigação legal ou contratual. Vale ressaltar que, por força do parágrafo único do art. 40, da referida lei, o exposto sobre encargos das concessionárias aplicam-se, igualmente, às permissionárias de serviço público.

As obrigações dos prestadores de serviços públicos não se resumem, todavia, a uma adequada, eficaz, segura e contínua prestação de serviços, como determinado no dispositivo legal acima mencionado. A extensão de suas responsabilidades não está limitada apenas aos termos do art. 22 da Lei 8.078/90.

Dentre outras, destacam-se, ainda, como tratado no ponto anterior, a partir de uma visão geral do Código do Consumidor, a obrigatoriedade dos fornecedores de serviços públicos de inserir no mercado de consumo serviços que não afetem a segurança, a vida ou a saúde dos consumidores. São obrigados, também, a fornecer informações claras e precisas sobre os serviços prestados, inclusive quanto aos riscos que apresentem, de modo a atender à expectativa gerada nos usuários.

Conforme visto quando se tratou do conceito de fornecedor, restou consagrado que o Poder Público, por si ou por quem lhe faça as vezes, também se sujeitará às normas do Código de Defesa do Consumidor, sendo, aliás, categórico o art. 22¹⁶² nesse sentido, quando se apresentar como prestador de serviços remunerados por tarifas ou preço público e não mediante a atividade tributária em geral (impostos, taxas e contribuições de melhoria).¹⁶³

Nessa trilha, José Geraldo Brito Filomeno aponta o seguinte sobre o disposto no art. 22:

E aqui também vale, assim como para a iniciativa privada, e aliás com muito mais razão porque se trata de serviço público, a assertiva de que qualidade não é apenas a adequação do produto ou serviço às normas que regem sua fabricação ou prestação, mas também e principalmente a satisfação de seus destinatários, que têm sem sombra de dúvida o *direito subjetivo público* de exigir o seu efetivo cumprimento com qualidade, presteza, segurança, adequação, pontualidade etc.

Embora aqui se cuide do Poder Público como fornecedor de produtos e serviços, é mister lembrar-se de que, dependendo muitas vezes a iniciativa privada de sua autorização para o desempenho da produção de bens ou prestação de serviços, cabe-lhe grande parcela de responsabilidade ao assegurar que aqueles não venham a causar danos à saúde, segurança e outros interesses dos consumidores.¹⁶⁴

Desta feita, como consequência direta do art. 3º do Código, “os contratos firmados entre consumidores (destinatários finais) e os órgãos públicos e suas empresas também podem, em princípio, ser considerados de consumo”.¹⁶⁵

É nesse rumo, inclusive, e isso foi explorado no ponto antecedente, o *caput* do art. 7º da Lei 8.987 que, apesar de elencar direitos e obrigações dos usuários, não exclui aqueles previstos no Código de Defesa do Consumidor, assim

[...] ponto a ser ressaltado nesse artigo é a expressa alusão, feita em seu *caput*, ao fato de que o vínculo jurídico formado entre o prestador e o usuário do serviço público enquadra-se como relação de consumo, vale dizer, o usuário de serviço público, no plano jurídico, é um consumidor, razão pela qual pode esgrimir contra a concessionária (ou permissionária)

¹⁶² Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

¹⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código Brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 153.

¹⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código Brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 97 – 98.

¹⁶⁵ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2010. p. 207.

de serviço público, se necessário, as vigorosas normas de proteção vazadas no Código de Defesa do Consumidor [...].¹⁶⁶

Vale anotar que, na doutrina, Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin comenta que o serviço público deve ser disponibilizado de maneira adequada, eficiente e segura, extraíndo-se disso a impossibilidade de apresentação de vícios de qualidade (insegurança ou inadequação) ou quantidade na prestação daqueles.¹⁶⁷

De fato, como já se analisou anteriormente no que consiste o serviço adequado, cabe explorar, à luz do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, os dois outros quesitos que devem ser obrigatoriamente observados quando da prestação de determinado serviço público: a eficiência e a segurança.

Destarte, Oscar Ivan Prux aponta que é eficiente o serviço público cujo desempenho é o bastante para corresponder à legítima expectativa do consumidor no suprimento de sua necessidade. Em suas palavras, “embora termos como qualidade, eficiência e adequação sejam muito próximos, a eficiência é mais relacionada com o efetivo desempenho apresentado pelo serviço no cumprimento específico de sua finalidade”.¹⁶⁸

É mister anotar a lição de Elaine Cardoso de Matos Novais a respeito da eficiência no prestação do serviço público:

Assim, não interessa à população um serviço apenas condizente com as normas regulamentares, que possua riscos suportáveis para o caso e cuja prestação seja feita sem interrupções. Revela-se imperiosa a eficiência do serviço, ou seja, seu pleno funcionamento e atendimento aos fins colimados.

Dito isso, deve-se entender por serviço público eficiente aquele que está apto a satisfazer necessidades da população com o mínimo de encargo e maior quantidade possíveis, atendendo à finalidade específica para o qual foi criado.¹⁶⁹

A mesma autora considera que a segurança do serviço é alcançada quando a prestação não expõe a agravos, ou, ao menos, a agravos desnecessários, a segurança dos usuários/consumidores, garantindo a proteção de sua conservação

¹⁶⁶ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 17. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 666.

¹⁶⁷ BENJAMIM *apud* NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 236.

¹⁶⁸ PRUX *apud* NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 241.

¹⁶⁹ Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 241.

física e psíquica. Para ela, esse atributo do serviço está associado com a inexistência de imperfeição apto a causar acidente de consumo e, consequentemente, fato do serviço.¹⁷⁰

Acerca disso, de acordo com o art. 14, §1º¹⁷¹ do Código de Defesa do Consumidor, serviço não-defeituoso é aquele que fornece a segurança dele esperada, considerando-se circunstâncias relevantes, como o modo de fornecimento, o resultado e os riscos normalmente dele esperados e a época em que foi fornecido.

Em que pese a responsabilidade civil estatal, a Constituição Federal de 1988 preconiza, no art. 37, § 6º, que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Diante disso, Carmen Lucia Antunes Rocha, que defende a responsabilidade objetiva do Estado, considera inadmissível questionar, em qualquer caso, o elemento subjetivo da culpa¹⁷². Para ela, deve-se verificar apenas a relação causal entre o dano e o comportamento estatal que o provocou. Ela realça que qualquer comportamento do Estado, resultante de ação ou omissão, ocorrido na execução de atividade administrativa, legislativa ou judicial, “pode ensejar a responsabilidade, não existindo mais, de forma sustentável, qualquer ressaibo de irresponsabilidade do Estado nos sistemas normativos vigentes.”¹⁷³

Quanto a isso, a apreciação de Elaine Cardoso de Matos Novais:

De fato, parece mais acertado dizer que, para verificar a responsabilidade civil estatal, interessa provar a existência do nexo de causalidade entre ação

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 241.

¹⁷¹ Art. 14. [...]

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

[...]

¹⁷² Celso Antônio Bandeira de Mello segue entendimento diverso e argumenta que caso os danos decorram de omissão estatal, teria lugar a responsabilidade subjetiva. Nessa hipótese, não bastaria a relação entre a ausência ou deficiência do serviço e do dano sofrido, sendo necessário averiguar a negligência, imprudência ou imperícia para ter lugar a responsabilidade estatal. MELLO *apud* NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 309.

¹⁷³ ROCHA *apud* NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 309.

ou omissão estatal e o dano jurídico causado ao titular do direito. Em outras palavras, importa averiguar se a violação ao direito do particular teve como causa correspondente ação ou omissão estatal. Caso contrário, não poderá ser invocado o dever de o Estado indenizar.¹⁷⁴

Em paralelo à responsabilidade estatal por dano, encontra-se a responsabilidade civil por fato e vício do serviço no Código de Defesa do Consumidor. Pelo parágrafo único do art. 22, nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações prenunciadas no *caput* do dispositivo, as pessoas jurídicas, além de serem impelidas a cumprir deveres de adequação, eficiência, segurança e continuidade, em especial se tratado de serviços essenciais, deverão, igualmente, reparar eventuais danos. Resta clara, pois, a adoção da responsabilidade objetiva quando os órgãos públicos, ou quem lhe faça as vezes, prestam serviço público e ocasionam algum dano ao consumidor.¹⁷⁵

Acerca disso, incabível se falar em culpa, nas modalidades de negligência, imprudência ou imperícia, ou ainda, questionar a culpa administrativa, constatando-se que o serviço não funcionou, funcionou mal ou tardiamente. Nesse contexto, a responsabilidade civil aplicável deverá ser a regulada no Código de Defesa do Consumidor, a qual não se confunde com a regulada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

De acordo com Arruda Alvim, a diferença entre a responsabilidade constitucional e aquela consolidada no art. 22 consiste na maior gama de possibilidades oferecidas por este último dispositivo, o qual assegura a tutela específica, além da indenização por perdas e danos, ao contrário da Carta Magna, cujo sistema admite apenas a reparação de danos.¹⁷⁶

Sobre essa diferenciação, vale registrar a anotação de Elaine Cardoso de Matos Novais:

Note-se, porém, que a indenização fundada no Código de Defesa do Consumidor alcança a reparação de *danos ao consumidor, decorrentes de serviços inadequados, ineficientes, inseguros e, no caso de serviços essenciais, descontínuos*, sem aferição alguma de culpa. Já a responsabilidade fruto do dispositivo constitucional impõe o dever de reparar *quaisquer danos* que os agentes de pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado prestadores de serviços públicos, nesta qualidade, causarem a terceiros.

¹⁷⁴ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 309 – 310.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 317.

¹⁷⁶ ALVIM *apud* NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 309 – 318.

[...]

Isso significa dizer que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos por danos causados ao consumidor em virtude de inadequação, ineficiência, insegurança e descontinuidade (em caso de serviços essenciais) do serviço é objetiva e não cabe fazer distinção entre atos comissivos ou atos omissivos do prestador.¹⁷⁷

Vale lembrar, também, que o art. 27¹⁷⁸ do Código cuida da prescrição nos casos de responsabilidade por danos decorrente dos acidentes causados por defeitos dos serviços. O prazo extintivo é de cinco anos, contados da data do conhecimento do dano e da autoria. Ressalta-se a inclusão do requisito da autoria além do conhecimento do dano, isso porque “pode ocorrer que o consumidor – ou qualquer vítima do evento – tenha perfeito conhecimento do dano, mas ignore a quem deva atribuir a respectiva autoria, ou seja, a responsabilidade do evento”.

Entretanto, conforme nota Alessandro Segalla, retomando-se o preceito do mencionado art. 22, não se pretende a completa ausência de riscos para os usuários, o que seria impossível, mas obriga-se à utilização de técnicas indispensáveis para amenizar os riscos de danos.¹⁷⁹

Em resumo, o que Elaine Cardoso de Matos Novais conclui quanto o serviço seguro:

[...] pode-se notar que o serviço seguro não existe somente quando não haja riscos para o consumidor, porém sempre que esses riscos sejam suportáveis ou razoáveis diante do benefício proporcionado pela utilização do serviço. Serviço seguro não significa serviço sem risco, porém aquele cujo risco é aceitável, considerado o avanço tecnológico existente no momento e os proveitos dele decorrentes.¹⁸⁰

Consoante visto no tópico antecedente, condensados na expressão “serviço adequado”, estão os princípios regedores dos serviços públicos, isto é, na prestação do serviço, os fornecedores/prestadores deverão, obrigatoriamente, observar os seguintes princípios: generalidade, permanência, eficiência, modicidade e cortesia.

¹⁷⁷ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 309 – 318.

¹⁷⁸ Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

¹⁷⁹ SEGALLA *apud* NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 242.

¹⁸⁰ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 242 – 243.

Nessa conjuntura, Hely Lopes Meirelles explica, resumidamente, cada um dos cinco princípios:

O princípio ou requisito da *generalidade* significa serviço para todos os usuários, indiscriminadamente, o da *permanência* ou *continuidade* impõe serviço constante, na área e período de sua prestação; o da *eficiência* quer dizer serviço satisfatório, qualitativa e quantitativamente; o da *modicidade* indica preços razoáveis, ao alcance de seus destinatários; o da *cortesia* significa bom tratamento ao público.¹⁸¹

Além dos deveres previstos no art. 22 do Código, concessionárias e permissionárias devem, também, atender aos previstos no art. 31 da Lei 8.987/95, que dispõe:

Art. 31. Incumbe à concessionária:

- I - prestar serviço adequado, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato;
- II - manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão;
- III - prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos no contrato;
- IV - cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;
- V - permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis;
- VI - promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato;
- VII - zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente; e
- VIII - captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço.

Parágrafo único. As contratações, inclusive de mão-de-obra, feitas pela concessionária serão regidas pelas disposições de direito privado e pela legislação trabalhista, não se estabelecendo qualquer relação entre os terceiros contratados pela concessionária e o poder concedente.

A vista disso e de acordo com o que já foi repetidamente reiterado, o primeiro e principal encargo de qualquer prestador de serviço público é disponibilizar serviço adequado.

As disposições desse art. 31 da Lei das Concessões são, a rigor, autoexplicativas, contudo cabe ressaltar que o inciso V nada mais representa do que a contrapartida do preceituado no art. 30 da mesma lei, o qual confere à administração pública delegante a faculdade de “acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da

¹⁸¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 419.

concessionária”. De fato, a par do poder de fiscalização está a obrigação da concessionária de permitir ao concedente o pleno acesso às informações que deverão ser por este averiguados.¹⁸²

Por seu turno, no que se refere à abrangência e à expansão do serviço, buscando torná-lo ainda mais adequado, compete ao delegatário promover desapropriações e instituir servidões administrativas, desde que tenha recebido do concedente tais poderes, nos termos do inciso VI. Resulta desse poder, a obrigação de indenização ao proprietário pela perda de sua propriedade, ou, de modo eventual, pelos prejuízos causados pela servidão administrativa.¹⁸³

Nessa trilha, mister registrar:

[...] a prévia decretação da utilidade ou da necessidade pública do bem a ser desapropriado é atribuição exclusiva do poder público. Já a execução da desapropriação pode ser encargo do poder público ou da concessionária. Na hipótese de ser encargo da concessionária, a ela incumbirá pagar as indenizações cabíveis (é evidente que tais ônus devem estar previamente explicitados no edital da licitação prévia à concessão, para que possam ser levados em conta pelos licitantes na formulação de suas propostas).¹⁸⁴

Finalizando esse capítulo, estudaram-se os conceitos dos elementos configuradores da relação de consumo encontrada no serviço público, isto é, consumidor/usuário, fornecedor/prestador e serviço. Analisaram-se, também os direitos desses usuários, os quais vão além daqueles estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor, suas obrigações, assim como os deveres que prestadores devem observar quando do oferecimento de seus serviços. Consagrou-se como o direito mais importante do consumidor e, por conseguinte, dever primordial do fornecedor, a prestação do serviço realizada de maneira devidamente adequada.

¹⁸² ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 17. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 669.

¹⁸³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 366.

¹⁸⁴ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 17. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 669.

3 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E OS LIMITES DE SUA APLICAÇÃO AOS SERVIÇOS PÚBLICOS

3.1 A posição jurídica do usuário de serviços públicos

O conflito entre as duas lógicas presentes na prestação de serviços públicos - consumerista/privatista e solidarista/publicista ou, conforme entende Cesar A. Guimarães Pereira, estatutária ou contratual - gerou várias correntes quanto à categoria jurídica dos usuários desses serviços.

O que se pretende verificar, nesse momento, é a natureza jurídica do vínculo que se estabelece entre usuário e prestador de serviço público.

3.1.1 Teoria privatista

Para a teoria privatista, não seria pelo fato de haver normas de direito público incidentes sobre relações contratuais que estas passariam a ser relações de direito público. A citada teoria pode ser observada, especialmente, nos serviços públicos ditos industriais ou comerciais, custeados por remuneração paga pelo usufruidor, principalmente nos casos de delegação.

Na mesma linha, Maurice Hauriou afirma o caráter, ao menos em parte, contratual da relação entre o usuário e o serviço público, em especial, nos casos de serviços públicos industriais e comerciais. Destaca que, em tais casos, o usuário valer-se-ia das condições contratuais ou, quando pretendesse fazer prevalecer situações regulamentares mais vantajosas não previstas em seu contrato, evocaria diretamente o regulamento do serviço.¹⁸⁵

Diante disso, as palavras de Cesar A. Guimarães Pereira com relação à natureza contratual do vínculo entre o prestador e o usuário:

Pretende-se refletir o fato de que, em diversas situações, o usuário candidata-se ao recebimento do serviço, preenche os requisitos necessários e, voluntariamente, adere ao regime de prestação do serviço – com ou sem adaptações ao seu caso específico. Tem-se em vista não a participação do

¹⁸⁵ HAURIOU *apud* PEREIRA, César A. Guimarães. **Usuários de Serviços Públicos**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 101 – 102.

usuário em sentido genérico (como parte da Sociedade) na relação de concessão, mas a atuação do usuário concreto, específico, na criação de um vínculo determinado com o prestador do serviço. Embora uma atuação derive da outra, seriam momentos distintos e inconfundíveis.¹⁸⁶

Por seu turno, Juarez Freitas, examinando a aplicação aos serviços públicos de diversos preceitos próprios do Direito do Consumidor, reconhece dentre as relações jurídico-administrativas uma espécie, ainda que com traços de atipicidade, consistente nas relações de consumo dos serviços públicos, isto é

[...] aquelas que, regidas por normas de indisponível ordem pública e de interesse social, deixam-se entretecer pela Administração Pública ou delegados seus e toda pessoa física ou jurídica que utilize o serviço essencial como destinatário, mediante remuneração, exceto as decorrentes das relações de caráter trabalhista.¹⁸⁷

Desta feita, o autor pretende estabelecer uma conexão entre a situação estatutária do usuário e da concessionária e o conceito legal de relação de consumo de serviços (art. 3º, §2º, do Código¹⁸⁸), reconhecendo como relação de consumo apenas a que compreende o uso remunerado de serviço público.¹⁸⁹

Nessa diretriz, Cláudia Lima Marques restringe a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos “serviços prestados em virtude de um vínculo contratual, e não meramente cívico, entre consumidor e o órgão público ou seu concessionário”¹⁹⁰. Na lição da citada autora, o caráter contratual do vínculo encontrado entre Administração Pública (ou seu delegado) e o usuário é exposto sem controvérsia.¹⁹¹

Já Fernando Costa de Azevedo procura separar esse caráter (contratual) do contrato de concessão, ao qual reconhece caráter administrativo, defendendo que “a relação jurídica que se estabelece entre prestadores (públicos ou privados) e usuários apresenta contornos mais vinculados ao direito privado. Trata-se de uma

¹⁸⁶ PEREIRA, César A. Guimarães. **Usuários de Serviços Públicos**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 101.

¹⁸⁷ FREITAS *apud* PEREIRA, César A. Guimarães. **Usuários de Serviços Públicos**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 102.

¹⁸⁸ Art. 3º. [...]

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

¹⁸⁹ *Ibidem*. p. 102.

¹⁹⁰ Cumpre ressaltar que, com isso, a autora exclui os serviços *uti universi* e outros prestados sem remuneração, mas inclui os prestados mediante o pagamento de taxas. PEREIRA, César A. Guimarães. **Usuários de Serviços Públicos**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 102.

¹⁹¹ MARQUES *apud* PEREIRA, César A. Guimarães. **Usuários de Serviços Públicos**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 103.

relação obrigacional entre particulares, formalizada, não poucas vezes, pelo instrumento jurídico do contrato”.¹⁹²

Isto posto, por fim, conclui-se que a teoria ora abordada sustenta que o vínculo entre concessionário e usuário é de natureza contratual/privada. Contudo, tal afirmação não significa refutar completamente a existência de uma série de normas de Direito Público incidentes no referido liame. Conforme será visto, após a análise da teoria publicista/estatutária, existe, também, a teoria mista quanto à posição jurídica do usuário.

3.1.2 Teoria publicista

A teoria publicista, por sua vez, sustenta que é o direito público que rege a relação entre o particular e o prestador do serviço público, seja este industrial/comercial ou não (administrativo). Tais relações seriam de Direito Público por se referirem a uma incumbência da Administração Pública e fundarem-se no direito do administrado - que possui natureza jurídica pública - à prestação do serviço.

Para essa corrente, nos dizeres de Fernando Garrido Falla, “as vantagens que a existência de uma relação contratual privada pode representar para o administrado são ilusórias e, mesmo do ponto de vista estritamente prático, a segurança jurídica é melhor alcançada através da técnica da situação regulamentar”.¹⁹³

Esclarecendo melhor do que se trata a teoria publicista ou estatutária, a lição de Cesar A. Guimarães Pereira:

A afirmação de que a situação jurídica do usuário frente ao prestador tem natureza *estatutária* deriva da premissa de que o regime de prestação do serviço, que inclui os direitos e deveres do usuário, é disciplinado de modo completo pela lei e por atos administrativos – sejam regulamentos propriamente, sejam os aspectos regulamentares do contrato de concessão.

¹⁹² AZEVEDO *apud* PEREIRA, César A. Guimarães. **Usuários de Serviços Públicos**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 103.

¹⁹³ FALLA *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Serviços públicos e direito do consumidor: possibilidades e limites da aplicação do CDC**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2013.

O conteúdo desse regime jurídico independeria do usuário e, logicamente, o precederia. O usuário não participaria – ao menos, não em termos similares – à participação em um *negócio jurídico* – da estipulação desse regime. A disciplina do seu vínculo com o prestador seria alheia ao controle do usuário, tanto no que se referiria à sua estipulação inicial quanto a alterações supervenientes por motivos vinculados aos interesses coletivos.¹⁹⁴

Confirmando a natureza estatutária e regulamentar do usuário, García de Enterría e Fernández consideram que “a situação do usuário é, pois, uma situação legal e regulamentar, estritamente objetiva, portanto, e em seu aspecto positivo se concretiza em um direito ao funcionamento legal do serviço nos termos concretos que em cada caso estabeleça a regulamentação por que reja o serviço.”¹⁹⁵

Reafirmando, mais uma vez, o caráter estatutário do vínculo entre usuário e o serviço público, Raquel Dias da Silveira indica que “a relação que nasce da prestação de serviços públicos pelo Estado, ainda quando a execução se dá mediante terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários), é totalmente legal, pois se constitui em obrigação para o poder público”.¹⁹⁶

Por seu turno, Cristiane Derani sustenta que “o usuário de um serviço público econômico posiciona-se numa situação legal ou regulamentar do direito público”¹⁹⁷, ainda nos casos em que o serviço seja prestado através de concessão. A autora recusa a ideia de uma relação contratual nesses casos: “A relação contratual é de adesão e necessária, sendo discutível, mesmo, falar-se em relação contratual, posto que não se vislumbram os elementos do contrato. Há na verdade um pacto de fornecimento de valores de uso.”¹⁹⁸

A mesma autora diferencia, ainda, esse cenário do caso do usuário de serviço público de caráter industrial e comercial, afirmando que, em tais serviços, “não é o agente privado que se coloca no privilégio do agente público, mas o agente público que age no mercado como agente privado. A relação contratual que se

¹⁹⁴ PEREIRA, César A. Guimarães. **Usuários de Serviços Públicos**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 97.

¹⁹⁵ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tamás-Ramon *apud* PEREIRA, César A. Guimarães. **Usuários de Serviços Públicos**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 98.

¹⁹⁶ SILVEIRA *apud* PEREIRA César A. Guimarães. **Usuários de Serviços Públicos**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 98 – 99.

¹⁹⁷ DERANI *apud* PEREIRA, César A. Guimarães. **Usuários de Serviços Públicos**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 98

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 99.

estabelece é de direito privado, mesmo se em certos casos as relações contratuais são acompanhadas de cláusulas regulamentares.”¹⁹⁹

Em relação a essa ausência de autonomia contratual, Gabino Fraga assevera que, com efeito, “usuário e concessionário de serviços públicos não têm qualquer liberdade minimamente significativa para discutir o contrato que entre eles será celebrado, estando as suas cláusulas já previamente estabelecidas estatutariamente, seja em normas legais ou regulamentares, constantes de atos normativos ou da própria concessão”.²⁰⁰

Não obstante, mesmo que se considerasse o fato de usuário e prestador de serviço público guardarem algum traço de liberdade contratual para estipular cláusulas não estabelecidas na lei ou nos regulamentos, isso não sensibilizaria a doutrina estatutária, uma vez que

apesar de haver nos serviços públicos uma regulamentação que recairá sobre determinado serviço, permitindo algumas vezes a autonomia da vontade entre as partes e a possibilidade de aplicar norma de Direito Privado, estas nunca poderão contrariar as condições de serviço, haja vista que a Administração Pública pode a qualquer momento modificá-las levando em consideração o interesse público.²⁰¹

No mesmo caminhar, ainda que sem aludir expressamente à natureza do vínculo ora estudado, Marçal Justen Filho corrobora o entendimento ao declarar que “o relacionamento entre usuário e concessionário reflete condições estabelecidas pelo Estado, de modo que as regras praticadas pelo concessionário não são livremente por ele escolhidas”. Ou seja, o autor defende que tanto o usuário quanto o concessionário estariam em situação jurídica suscetível de sofrer alterações, por razões associadas aos interesses coletivos, mediante atividade do poder concedente.²⁰²

Sintetizando a questão, a avaliação de Cesar A. Guimarães Pereira a respeito da temática:

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 99.

²⁰⁰ FRAGA *apud* PEREIRA, César A. Guimarães. **Usuários de Serviços Públicos**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 98.

²⁰¹ VOLPI FILHO, Clovis Alberto e ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Serviços públicos e direito do consumidor: possibilidades e limites da aplicação do CDC**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2013.

²⁰² JUSTEN FILHO *apud* PEREIRA, César A. Guimarães. **Usuários de Serviços Públicos**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 100.

A afirmação do caráter *estatutário* ou *regulamentar* da situação jurídica do usuário não significa sujeição absoluta do usuário ao arbítrio do Poder Público ou do prestador de serviço. A situação do usuário de é *jurídica*. Descrivê-la como *estatutária* significa apenas que (a) sua origem é legal ou administrativa, não convencional e (b) o conteúdo da situação pode ser alterado – sempre observados os princípios regentes da Administração, como o da razoabilidade e o da proporcionalidade – pela autoridade. Não há lugar para arbitrariedade.²⁰³

Por fim, segundo o que foi verificado, mesmo aqueles que defendem a teoria privatista, admitem que a situação jurídica do usuário frente ao prestador do serviço é, ao menos, parcialmente, ou, no caso dos publicistas, predominantemente estatutária/regulamentar, tanto na hipótese de prestação do serviço por meio de delegação, quanto de prestação direta. Diante isso, cabe a análise da dita teoria mista.

3.1.3 Teoria mista

Destarte, conforme já foi afirmado em relação às teorias mistas, tem-se que mesmo os que defendem ampla aplicação do Direito do Consumidor aos serviços públicos, já que as situações de hipossuficiência típica desse ramo do Direito não deixam de existir diante de um prestador de serviço público, admitem particularidades publicistas em sua aplicação.

Consoante será notado, para os autores que defendem essa teoria, a prestação de serviços públicos, especificamente, quando delegados à iniciativa privada, é regida, pelo menos em parte, por um estatuto de regulamentação pública. Entretanto, a incidência da referida regulação acontece após a celebração de contrato de prestação de serviço entre os particulares – usuário e concessionário – que, como tal, é de natureza civil em todos os sentidos que não contrariem a situação estatutária.²⁰⁴

Nesse sentido, Juan Carlos Cassagne entende que “em princípio, a relação entre um concessionário privado de serviços públicos e o usuário se rege

²⁰³ PEREIRA, César A. Guimarães. **Usuários de Serviços Públicos**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 101

²⁰⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Serviços públicos e direito do consumidor: possibilidades e limites da aplicação do CDC**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2013.

pelo Direito Privado, sem prejuízo de caber ao Direito Administrativo tudo que for concernente à regulamentação do serviço”.²⁰⁵

Luis R. Pérez Sánchez sugere não ser possível uma conclusão geral, para todos os casos, em relação à situação jurídica do usuário, uma vez que sua caracterização dependerá dos elementos próprios de cada relação jurídica. Em sua explicação, formula uma distinção entre serviços de fruição obrigatória e os de fruição facultativa. No primeiro caso, estima ser muito difícil, senão impossível, “sustentar a existência de uma relação contratual entre o prestador e o usuário, já que não existe o mínimo de liberdade e vontade necessária para a existência de um contrato”. Contudo, no segundo caso, defende não existir “impossibilidade alguma de considerar a relação entre o prestador e o usuário como contratual”. Ressalta que, nesse caso, a manifestação de vontade do usuário é igual à apresentada em qualquer outro contrato, podendo até mesmo sofrer vícios.²⁰⁶

Em face disso, o autor conclui que:

[...] a relação jurídica entre o usuário e o serviço público é regida *principaliter* pela lei ou regulamento do serviço; isso explica e justifica que o status do usuário seja regulamentar. Em tudo aquilo que não esteja previsto pela lei ou regulamento, a relação tem caráter contratual. A manifestação de vontade do usuário não se estende para além desse status e sua adesão ao mesmo – como ato voluntário – pressupõe um consentimento não viciado por dolo, erro ou coação.²⁰⁷

Nada obstante, cabe o alerta de Jacques Amar:

[...] uma prestação de serviço público não pode ser equiparada em todos os aspectos a uma prestação de atividade econômica privada. Ela se liga a uma missão de serviço público e, por esta razão, contém uma forte dimensão política, ao passo que a prestação de uma atividade econômica privada só tem valor em relação às aspirações do indivíduo que a contrata.²⁰⁸

²⁰⁵ CASSAGNE *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Serviços públicos e direito do consumidor: possibilidades e limites da aplicação do CDC**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2013.

²⁰⁶ PÉREZ SÁNCHEZ *apud* PEREIRA, César A. Guimarães. **Usuários de Serviços Públicos**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 114.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 114 -115.

²⁰⁸ AMAR *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Serviços públicos e direito do consumidor: possibilidades e limites da aplicação do CDC**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível na internet:

No mesmo sentido é a orientação de Fernando Garrido Falla, o qual lembra que

o utente dos serviços de interesse geral não pode ser perspectivado apenas em termos económicos, isto é, como um mero cliente. A essencialidade dos serviços de interesse geral à participação social plena implica que estes são um importante fator na consagração de uma nova dimensão de cidadania, e os seus utilizadores, mais do que meros consumidores, são cidadãos, titulares de direitos fundamentais.²⁰⁹

A seu tempo, o mesmo autor, parte de importante comparação entre o vínculo que liga o usuário ao concessionário e aquele que une o concessionário ao poder concedente para qualificar de mistas essas relações:

Ademais, e isso muitas vezes não é notado pela doutrina, as mesmas razões que advogam por uma 'situação mista' (em parte contratual, em parte estatutária, regulamentar) para a que se encontra o concessionário, valem para justificar uma conclusão análoga em relação ao usuário do serviço público. A Administração pública, com efeito, começa regulamentando, pelos meios de que dispõe, o funcionamento e uso do serviço pelos administrados. Essa regulamentação será tanto mais intensa, e abarácará tanto mais aspectos da posição do administrado em relação ao serviço, quanto mais este serviço tenha um caráter administrativo (que não seja industrial ou comercial) e seja gerido diretamente pela Administração. Pois bem, as questões não previstas na regulamentação administrativa podem e devem ser resolvidas, se da sua natureza não se deduzir o contrário, mediante a aplicação dos critérios contratuais. Destarte, como já se havia adiantado, a situação do usuário do serviço público pode simultaneamente ser, a depender do aspecto da relação que estiver sendo considerada, estatutária e contratual.²¹⁰

A propósito é a lição de Marçal Justen Filho, para quem a concessão tem caráter trilateral, envolvendo o poder concedente, o concessionário e a Sociedade (na qual estão incluídos os usuários). Para ele, posto que os usuários não têm status jurídico idêntico ao das outras partes, o que pressupõe menor capacidade de definição do conteúdo do vínculo, participam da formação da relação jurídica, já que sem a participação da Sociedade, não há concessão. Consequentemente, afirma que os usuários (integrantes da Sociedade) não estão totalmente alheios à formação e à definição do conteúdo do vínculo que os une ao prestador do serviço. Desta

<<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2013.

²⁰⁹ FALLA *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Serviços públicos e direito do consumidor: possibilidades e limites da aplicação do CDC**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2013.

²¹⁰ *Ibidem*.

feita, conclui que as posições jurídicas do concessionário e dos usuários, incluindo-se os direitos e deveres advindos da relação configurada pela prestação do serviço, são determinadas pela lei, por atos administrativos e, também, pelo ato consensual de que participam os usuários.²¹¹

Com a mesma diretriz, as palavras de Ismael Farrando:

[...] nos encontramos diante de uma relação jurídica de caráter misto (contratual-regulamentar); de uma parte tem uma clara natureza pública, já que está totalmente submetida à regulamentação pública do serviço, e nesses aspectos está sob vigilância e proteção da Administração [...], por outra parte, se entra nesta situação regulamentar mediante um contrato entre duas partes - ambas privadas -, que, como tal, tem natureza civil, e assim deve ser entendido em todos os aspectos que não afetarem a situação regulamentar. [...] As relações que surgem da concessão são tripartites – Administração, concessionário e usuário – e têm caráter triangular, é por isto que se pode falar em relações entre concessionário e usuário, Administração e concessionários e Administração e usuários.²¹²

Em termos de conclusão, cabe a instrução de Cesar A. Guimarães Pereira, a qual deduz ser, a situação jurídica do usuário de serviço público, predominantemente estatutária, tanto nos casos de prestação direta, quanto nos de delegação, apesar de reconhecer traços de contratualidade:

Em ambos os casos (prestação direta e delegação) haverá (a) abertura para que o prestador e o usuário integrem, complementem ou especializem o regime normativo do serviço, delimitando concretamente a situação jurídica do usuário, que é protegida contra alterações desprovidas de razoabilidade ou proporcionalidade, bem como (b) espaços de liberdade que poderão ser preenchidos por ato consensual do prestador e do usuário, de que participa implicitamente o poder concedente. No primeiro caso, há mero detalhamento do regime normativo; no segundo, há o exercício de liberdade outorgada pelo regime normativo (ou pela regulação do poder concedente) para que o serviço seja configurado de acordo com as condições do caso concreto – em regime que pode ser mais ou menos assemelhado ao mercado.²¹³

Acerca disso, o autor prossegue afirmando que, tanto na prestação direta quanto na hipótese de delegação, “o ato consensual estipulará condições vinculantes para os envolvidos e não originariamente previstas no regime normativo,

²¹¹ JUSTEN FILHO *apud* PEREIRA, César A. Guimarães. **Usuários de Serviços Públicos**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 100.

²¹² FARRANDO *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Serviços públicos e direito do consumidor: possibilidades e limites da aplicação do CDC**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2013.

²¹³ PEREIRA, César A. Guimarães. **Usuários de Serviços Públicos**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 135 – 136.

o que afirma o seu caráter contratual”. Em razão disso, esse ato consensual – que se limita aos campos em que as partes detêm a atribuição de dar conteúdo ao seu vínculo jurídico – tem natureza de contrato administrativo, passível de sofrer instabilização do vínculo em função das prerrogativas exorbitantes do Poder Público, que refletem, inquestionavelmente, nos casos dos serviços delegados, nas posições jurídicas do concessionário e do usuário.²¹⁴

Por fim, após análise das três principais correntes que tratam da posição jurídica do usuário, cumpre passar à resposta das principais indagações que motivam esta pesquisa: o Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos serviços públicos e, em caso afirmativo, em que hipóteses?

3.2 Serviços públicos *uti universi* e *uti singuli*: a questão da remuneração como critério de aplicação do CDC aos serviços públicos

O Código de Defesa do Consumidor se remete de forma expressa aos serviços públicos em diversos artigos, conforme foi verificado, deixando claro que a legislação consumerista incide sobre eles. Não obstante, indaga-se sobre a quais serviços públicos aplicam-se os preceitos do da Lei nº 8.078/90. O questionamento tem gerado muitas discussões e, portanto, cumpre a observação das diferentes posições defendidas sobre o assunto.

O Código de Defesa do Consumidor não pode ser aplicado indiscriminadamente aos serviços públicos por não se tratarem de atividades econômicas comuns, passíveis de experimentar liberdade empresarial.

Os serviços públicos, ao revés, constituem atividades de prestação de bens e serviços muitas vezes titularizadas pelo Estado com exclusividade, só podendo ser prestado por particulares enquanto delegatários (*res extra commercium*). A razão para tais atividades econômicas serem retiradas da livre iniciativa e submetidas a um regime jurídico tão especial se explica pelo fato de visarem a assegurar os interesses dos cidadãos enquanto integrantes de uma mesma sociedade, não como pessoas individualmente consideradas.²¹⁵

²¹⁴ *Ibidem*, p. 136.

²¹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Serviços públicos e direito do consumidor: possibilidades e limites da aplicação do CDC**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2013.

Destarte, recobrando-se o conceito de serviços delineado pela Lei 8.078/90, tem-se que “o elemento caracterizador do serviço é a remuneração, oferecida pelo consumidor em razão da atividade divisível prestada pelo fornecedor no mercado de consumo.”²¹⁶ Para formar-se a relação de consumo, é necessário, além do serviço oferecido pelo Estado, da configuração dos outros elementos:

O Estado, por meio da Administração direta ou indireta, ou por concessionários, permissionários ou autorizatários, pode figurar como fornecedor na relação de consumo; o consumidor será o utente final do serviço público colocado no mercado de consumo pelo ente público. Para completar essa relação de consumo, resta o serviço (público, vale enfatizar), cujo requisito indispensável permanece concentrado na remuneração.²¹⁷

A partir desse cenário e iniciando o levantamento das posições encontradas na doutrina, a despeito da prescrição da lei indicando que pessoas jurídicas do direito público podem ser fornecedores na relação de consumo, existem aqueles que negam veementemente tal situação, alegando divisão total entre consumidor e usuário de serviço público.

De acordo com essa corrente, “a relação jurídica entre prestador de serviço público e usuário não pode ser confundida com a travada entre duas pessoas privadas, a qual configura relação de consumo.”²¹⁸

Amparando tal posicionamento, Antônio Carlos Cintra do Amaral argumenta que a defesa do usuário de serviço público não deve ser embaralhada com a defesa do consumidor na medida em que o tratamento constitucional de ambos é diferenciado. De mais a mais, relembra que a Emenda Constitucional 19/98 determinou ao Congresso Nacional elaborar a lei de defesa dos usuários de serviço público. Para ele, isso representa o entendimento tácito de que as defesas do consumidor e do usuário não se confundem. Em suas palavras:

Expostas essas noções, penso que fica clara a distinção entre a relação de consumo e a de serviço público. O fornecedor e a concessionária têm obrigações perante o consumidor e o usuário, respectivamente. O descumprimento dessas obrigações acarreta sua responsabilidade. Mas no caso da concessionária o ordenamento jurídico atribui essa responsabilidade também ao Poder Público (concedente), o que não ocorre quando o fornecedor não cumpre suas obrigações.
[...]

²¹⁶ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 143.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 143.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 150.

[...] o art. 27 da Emenda Constitucional nº 19/98 determinou que o Congresso Nacional deverá elaborar “lei de defesa do usuário de serviços públicos”. Isso equivale ao reconhecimento implícito de que essa defesa é juridicamente diversa da “defesa do consumidor”, já regulada pela Lei 8.078/90. Saliente-se que essa lei devia ter sido elaborada pelo Congresso Nacional no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a partir de junho de 1988. [...] ²¹⁹

Rebatendo essa explanação, outros defendem aplicação diametralmente oposta, isto é, a todos os serviços públicos. Defendem que a remuneração, elemento imprescindível para caracterizar o serviço, pode ser direta ou indireta, abrangendo tanto o pagamento diretamente efetuado pelo consumidor, quanto qualquer outra vantagem proporcionada ao fornecedor, mesmo quando o serviço for prestado de forma aparentemente gratuita.

É mister anotar a explicação de Elaine Cardoso de Matos Novais sobre essa corrente:

A partir dessa argumentação e transpondo seus fundamentos para a prestação de serviços públicos, poder-se-ia dizer que é remunerado o serviço público tanto quando o consumidor paga direta e especificamente pelo serviço a ele prestado, a exemplo dos serviços de telefonia, quanto nas situações em que o beneficiário não remunera diretamente o serviço, sendo este custeado por outros recursos passados ao Estado pelo cidadão por meio de outros tributos, como ocorre nos serviços de saúde e de educação públicas. Em outras palavras seguindo esse raciocínio, estaria autorizada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a todo e qualquer serviço público, diretamente remunerado ou não. ²²⁰

Luiz Antônio Rizzato Nunes, acatando esse pensamento, considera que todos os serviços públicos estão compreendidos na regulamentação do Código, justificando que as únicas exceções previstas na lei consistem nos serviços prestados gratuitamente e nos serviços de caráter trabalhista. Quanto à gratuidade de alguns serviços públicos, ele pondera que o fato do serviço não ser pago diretamente ou sequer ser cobrado não remove a aplicabilidade da lei consumerista, pois acabam sendo custeados por outras receitas estatais arrecadadas pelo cidadão. Para ele, quer o usuário pague, quer não, pelo serviço público, não é esse o fator que afastaria a incidência da Lei 8.078/90. Portanto, no seu entender, “nenhum serviço público pode ser considerado efetivamente gratuito, já que todos

²¹⁹ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Distinção entre usuário de serviço público e consumidor**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 13, abril/maio, 2002. Disponível na Internet: http://www.direitopublico.com.br/pdf_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-ANTONIO-CARLOS-CINTRA-AMARAL.pdf> Acesso em: 24 de janeiro de 2013.

²²⁰ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 143.

são criados, mantidos e oferecidos a partir da receita advinda da arrecadação de tributos”.²²¹

Na mesma trilha, Rodrigo Priolli de Oliveira também entende não ser possível excluir os serviços públicos da aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Segundo este autor, o Código não faz distinção entre os tipos de serviços públicos (próprios e impróprios), de maneira que “a concepção administrativista dessa atividade estatal deve ser afastada com o intuito de conferir maior abrangência possível ao CDC, dada sua importância como ferramenta apta a garantir a cidadania.”²²²

Assim, mais um fundamento da corrente extensiva consiste no fato de que, excluindo-se da aplicação do Código os serviços remunerados através da arrecadação de tributos, parcela considerável da sociedade, que vive em condições precárias, ficaria à margem da legislação protetiva do consumidor, o que não atenderia ao princípio universal da tutela.

No mesmo passo, porém com abordagem mais restritiva, outros acreditam que a remuneração exigida para configuração do serviço consiste apenas naquela contraprestação direta pela atividade prestada. Consequentemente, só serão considerados serviços públicos capazes de estabelecer relação de consumo, aqueles cujo pagamento é feito de forma direta, especificamente em razão de um serviço prestado.

[...] ao se admitir que a remuneração é tão somente a direta, ficam excluídos da incidência do CDC todos os serviços custeados pela arrecadação de tributos em geral (v.g. saúde, educação e segurança pública), subsistindo para exame com fundamento na legislação consumerista os serviços públicos remunerados diretamente, o que pode acontecer quando o beneficiário paga taxa ou tarifa.²²³

Desse modo, a interpretação da expressão “remuneração”, nos termos do art. 3º, §2º do Código, deve ser restritiva a ponto de excluir de sua abrangência aqueles serviços prestados universalmente, dando-se conta de que o seu custeio se dá mediante pagamento de tributos, não havendo nenhuma relação entre o que foi

²²¹ NUNES *apud* NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 143 – 144.

²²² OLIVEIRA *apud* NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 144.

²²³ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 145.

arrecadado e o custo do serviço, não se podendo falar, assim, em “remuneração” um vez que pode ser potencial usuário, inclusive, aquele que nunca recolheu tributos.

Ademais, alguns doutrinadores utilizam, além do critério da remuneração, o elemento discriminador da natureza do serviço público prestado para fundamentar a aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos.²²⁴

Desta feita, relembra-se que os serviços públicos *uti universi* são os prestados de maneira indiscriminada, sem destinatários predeterminados, isto é, o Estado disponibiliza o serviço independentemente de remuneração específica, custeando a atividade mediante a receita de impostos. Retoma-se, também, que os serviços *uti singuli*, por sua vez, são passíveis de mensuração e divisibilidade, financiados mediante taxa ou tarifa/preço público, conforme sua compulsoriedade ou facultatividade.

Adalberto Pasqualotto é um dos que se utiliza das classificações de serviço público, distinguindo-os entre serviços públicos próprios e impróprios e serviços públicos *uti universi* e *uti singuli*, reconhecendo a incidência do Código consumerista apenas nas hipóteses em que esteja presente a remuneração específica nos serviços individualmente prestados.²²⁵

O autor considera que, por faltar-lhes o requisito da remuneração específica, os serviços públicos próprios e os *uti universi* - os quais são prestados pelo Estado no uso de seu poder de império, mantidos pelos tributos gerais, como é o caso dos serviços de segurança, preservação da saúde e iluminação públicas - não são abrangidos pela lei do consumidor. Por outro lado, os serviços públicos impróprios e os *uti singuli* “prestados direta ou indiretamente pelo Estado ou, ainda, por meio de concessão, autorização ou permissão, estão sob a tutela do CDC, porque remunerados pelo pagamento específico de taxas ou tarifas”.²²⁶

Com a mesma orientação, Celso Antônio Bandeira de Mello defende que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor apenas ocorrerá quando se tratar de serviço individualizadamente remunerado, não cabendo, entretanto, discriminar se o pagamento se dá mediante taxa ou tarifa.

²²⁴ *Ibidem*, p. 146.

²²⁵ PASQUALOTTO *apud* Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 146.

²²⁶ *Ibidem*, p. 146 – 147.

[...] a aplicação do Código servirá para apontar benefícios suplementares aos que resultam diretamente dos direitos de usuário, conquanto inúmeras vezes, em rigor, estejam correspondendo ou a uma reiteração ou a um detalhamento deles. Entretanto, dadas as óbvias diferenças entre usuário (relação de direito público) e consumidor (relação de direito privado) com as inerentes consequências, certamente suas disposições terão de se compatibilizar com normas de direito público. Então, a legislação do consumidor não se aplicará quando inadaptada à índole do serviço público, ou quando afronte prerrogativas indeclináveis do Poder Público ou suas eventuais repercussões sobre o prestador do serviço (concessionário ou permissionário).²²⁷

Em razão de tudo isso, parece difícil reconhecer no Estado a figura de fornecedor e, por conseguinte, relação de consumo, quando atua nos seguintes sentidos:

[...] ao prestar serviços públicos remunerados indiretamente, como a segurança pública, o Estado desempenha papel de autoridade, no exercício de suas atividades-fim, objetivando o bem-estar da população e principalmente a garantia da ordem da Nação. [...] quando presta serviços de saúde e educação, não se pode dizer que o Estado atue como autoridade, mas sim, visando à melhoria da qualidade de vida da população e incrementando os direitos sociais que garantem a cidadania.²²⁸

Nessa toada, José Reinaldo de Lima Lopes acredita não ser possível confundir relação de consumo e de cidadania. Para ele, os serviços públicos próprios (segurança, justiça) e os que compõem a dita cidadania social (saúde e educação públicas) não constituem relação de consumo, bem como aqueles serviços nos quais o Estado atua com a função de fiscalizador ou regulador.²²⁹

Com isso, argumenta-se que o vínculo existente entre o usuário de serviço público e o Poder Público tem caráter cívico, não guardando nenhuma proximidade com a relação consumerista. Caso aplicado o Código de Defesa do Consumidor, nesses casos, desvirtuar-se-iam os conceitos de consumidor e fornecedor apresentados no Código, uma vez que o art. 3º, §2º, é expresso ao exigir a prestação de atividade mediante remuneração na configuração de serviço. Ademais, como visto, os serviços *uti universi* são mantidos por impostos que, por força de lei, não podem ser vinculados, de modo que a sua exigência não constitui dever jurídico de contraprestação estatal.

²²⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 747.

²²⁸ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 158.

²²⁹ LOPES *apud* NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 140.

Logo, de acordo com Elaine Cardoso de Matos Novais, não se pode falar em relação de consumo quando o Estado assume caráter de autoridade, prestando serviço *uti universi*, seja cumprindo suas atividades-fim ou atividades que asseguram a cidadania social, oferecidos a partir de necessidades da população avaliadas pelo próprio Poder público.²³⁰

Em conformidade com esses parâmetros, não ficam abrangidos pelo Código de Defesa do Consumidor os serviços públicos próprios, prestados *uti universi* diretamente pelo Estado, mantidos através de tributos gerais, uma vez que lhes faltam, sob a ótica da lei consumerista, o requisito imprescindível da remuneração específica, isto é, tais serviços, custeados pelos impostos, não experimentam pagamento direto e imediato por parte dos usuários.

Finalizando, resta entendido, portanto, que serviços públicos remunerados indiretamente (*uti universi*) não configuram relação jurídica de consumo, já que a prestação desses serviços está associada ao Estado, detentor de autoridade, sendo custeada mediante tributos gerais. Contudo, cumpre determinar se essa posição, ou seja, aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços *uti singuli*, se confirma quando os serviços públicos são remunerados por taxa e por tarifa/ preço público.

3.3 Aplicabilidade do CDC aos serviços públicos remunerados por taxa ou tarifa/preço público: distinção entre a figura do contribuinte e do consumidor

Restringindo ainda mais essa terceira corrente - a qual exclui da incidência do Código de Defesa do Consumidor os serviços públicos ditos *uti universi*, mas que considera possível a incidência da norma consumerista aos serviços cujo pagamento se dá tanto mediante taxa, quanto mediante tarifa -, outros autores defendem o afastamento da aplicação do Código daqueles serviços remunerados por taxa, uma vez que estes ensejam relação tributária à qual o usuário não pode oferecer oposição.

Assim, refutada a hipóteses de que o serviço público remunerado indiretamente é abarcado pelo Código de Defesa do Consumidor, cumpre traçar

²³⁰ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 161.

elementos diferenciadores entre taxa e tarifa, buscando concluir pela aceitação ou não dessas formas de remuneração como aptas a resultarem uma relação de consumo.

Pode-se dizer que, em termos de comparação, se o Estado atua em benefício da comunidade, mediante serviço divisível e específico, é devido o pagamento de taxas. De outra parte, se Estado age em prol de todos, todavia, oferecendo serviços indivisíveis (serviços *uti universi*), será cabível a cobrança de imposto.²³¹

A especificidade do serviço público consiste na “possibilidade dele ser destacado em unidade autônoma de intervenção, de utilidade ou de necessidade pública, ao passo que se reputa divisível o serviço quando é suscetível de utilização, separadamente, por parte de cada um de seus usuários”.²³²

É sabido que a taxa é espécie de tributo cuja destinação consiste no oferecimento de contraprestação pela prestação de serviço público específico e divisível.

Esse entendimento deflui do art. 45, II, da Carta Magna, já citado, e do art. 77 do Código Tributário Nacional, o qual preconiza ser a taxa espécie de tributo cobrada pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, no âmbito de suas atribuições, e que tem por fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.²³³

A taxa, portanto, tem como fonte jurídica a lei, pois a pessoa, independentemente de vontade tem que se sujeitar a uma atuação estatal, que é exercida no estrito cumprimento do dever legal. Além disso, a taxa está sujeita aos limites constitucionais do poder de tributar e o regime tributário, que exigem a fixação e o aumento apenas mediante lei, com eficácia para o exercício seguinte.²³⁴

Com isso, mesmo que o indivíduo não tenha usufruído efetivamente do serviço específico e divisível prestado pelo Estado, em algumas hipóteses, a mera potencialidade do uso impõe o pagamento da taxa. Desta forma, em alguns casos, a taxa será cobrada quando o serviço for usado efetivamente e, em outros, quando houver a mera disposição do serviço específico e divisível, ainda que o beneficiário dele não se utilize. Isso se justifica pelo fato do serviço público específico e divisível

²³¹ *Ibidem*, p. 164.

²³² *Ibidem*, p. 163 – 164.

²³³ *Ibidem*, p. 163.

²³⁴ *Ibidem*, p. 164.

recair na prestação de serviços essenciais, aos quais o usuário não pode oferecer dispensa, uma vez que a taxa é tributo cobrado do particular pelo Estado no interesse da coletividade.²³⁵

O significado de uso efetivo e potencial deve ser extraído do art. 79, I e II do Código Tributário Nacional.

O inc. I descreve o serviço público efetivamente utilizado quando o contribuinte usufruí-lo a qualquer título, ao passo que a utilização potencial de serviços públicos específicos e divisíveis pelo contribuinte se dá “quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento (CTN, art. 79, II)”²³⁶

Vale alertar que o mencionado dispositivo dá a impressão de que a utilização do próprio serviço é compulsória, na hipótese de cobrança de taxa por uso potencial do serviço público. Ao contrário, conforme fica demonstrado no exemplo do serviço de coleta de esgoto, compulsório não é o uso, e sim o pagamento.²³⁷

Passando à análise da tarifa, esta, de outra maneira, não está subordinada à princípios constitucionais, ou tampouco, precisa ser previamente criada por lei orçamentária. As particularidades da tarifa fundam-se na vontade do indivíduo, isto é, enquanto a taxa é exigida independentemente da vontade do usuário de serviço público, a tarifa tem, como fonte de sua obrigação, justamente, a vontade.²³⁸

Jacques Amar explica a política tarifária que, em um primeiro momento, resulta em gravame para os usuários dos serviços públicos mas, por outro lado, em alívio para os não-usuários:

A concessão significa que o custeio dos serviços é transferido para os usuários. Tal decorre da circunstância de que a fruição do serviço é vinculada ao pagamento de uma remuneração. As despesas necessárias à manutenção do serviço concedido serão custeadas pelo volume global arrecadado dos usuários. Então, a tarifa a ser exigida para a fruição do serviço por parte dos usuários deverá ser suficiente para a manutenção do serviço (e para a obtenção do lucro do delegatário). Isso produz a diferenciação entre dois conjuntos distintos de pessoas: a comunidade e os usuários. Os recursos da comunidade não mais serão aplicados para a

²³⁵ *Ibidem*, p. 164.

²³⁶ *Ibidem*, p. 165.

²³⁷ *Ibidem*, p. 165.

²³⁸ *Ibidem*, p. 165.

implantação e manutenção do serviço. Caberá aos próprios usuários arcar com as despesas necessárias.²³⁹

Acerca dos referidos conjuntos de pessoas – comunidade e usuários -, pode-se dizer que estes, ao usufruírem de serviços remunerados por taxa, têm como garantia os direitos fundamentais guardados pela relação Fisco x contribuinte, a qual não leva em consideração o utente em si, mas sim referida comunidade. Deve-se, portanto, excluir, da incidência do Código de Defesa do Consumidor, tais serviços visto que, nesses casos, se cada usuário, individualmente, perseguisse o máximo de benefícios, a coletividade seria diretamente atingida.

Consoante Aurélio Pitanga Seixas Filho, “a prestação de um serviço público remunerado por tarifa depende da vontade do indivíduo, razão pela qual seu interesse em solicitar ou requisitar a prestação do serviço é primordial para o surgimento da relação jurídica”.²⁴⁰

Vladimir da Rocha França coloca que a taxa pela prestação de serviço público tem finalidade de ressarcir o Estado pelas despesas da manutenção da atividade disponibilizada aos cidadãos, submetendo-se ao regime jurídico tributário, não se confundindo, contudo, com a tarifa ou preço público, os quais são caracterizados pela ausência de lei e voluntariedade.²⁴¹

Cabe lembrar a lição de Aliomar Baleeiro quanto aos preços públicos, os quais, para ele, servem à “exploração do patrimônio dominial, inclusive empresas comerciais e industriais do Estado, ao passo que as taxas se originam de atos do Poder Público, revestidos de autoridade, compulsoriamente cobrados dos particulares e até de outras pessoas de Direito Público”.²⁴²

A par dessa distinção entre taxa e tarifa/preço público, vale destacar a Súmula 545 do Supremo Tribunal Federal, que preconiza: “Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são

²³⁹ AMAR *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Serviços públicos e direito do consumidor: possibilidades e limites da aplicação do CDC**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2013.

²⁴⁰ SEIXAS FILHO *apud* NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 165 - 166.

²⁴¹ FRANÇA *apud* NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 166.

²⁴² BALEEIRO *apud* NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 166.

compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu”.

Em face disso tudo, tem-se que para identificar relação de consumo, não basta investigar, apenas, a remuneração do serviço, mas, também, quem o presta e sob que condições. Isso porque a posição de autoridade, inata do Estado na cobrança de taxas não guarda semelhança com o papel de fornecedor, o qual, embora possua posição privilegiada, o que até mesmo fundamenta a proteção especializada do consumidor, não pode determinar, compulsória e autoritariamente, como o Estado, a cobrança por serviços mediante lei.²⁴³

Por tudo que foi exposto, afasta-se o entendimento que considera a taxa como remuneração apta a caracterizar relação de consumo nos termos do Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, devem ser abarcados pelo Código, tão somente, os serviços tarifados colocados à disposição pelo ente estatal ao consumidor, visto que, nesses casos, não há relação jurídico-tributária, não se revestindo, o Estado, de autoridade.²⁴⁴

Como Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes, e este parece ser o pensamento mais acertado, reconhece-se, portanto, a configuração de relação de consumo apenas quando o pagamento se dá através de tarifa ou preço público, considerando que todos aqueles que utilizarem “serviços públicos remunerados por tarifa ou preço público sem dúvida alguma estão abrangidos pelas normas do Código de Defesa do Consumidor, seja quando esteja configurada uma hipótese de liberdade formal ou substancial”.²⁴⁵

Desta feita, os serviços públicos abrangidos pelo Código de Defesa do Consumidor são aqueles em que há uma atividade comercial ou industrial exercida pela Administração Pública, seja diretamente, ou delegada a um ente privado, no caso das concessões e permissões. Em tais casos, o serviço é remunerado por tarifas.

Com essa orientação, Elaine Cardoso de Matos Novais conclui que “somente é viável falar em relação jurídica de consumo entre o Estado-fornecedor e o consumidor quando o primeiro estiver desenvolvendo serviços públicos

²⁴³ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 170.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 171.

²⁴⁵ BONATTO e MORAES *apud* NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 147 – 148.

remunerados por tarifa, e desde que o Estado esteja despido da potestade estatal".²⁴⁶

Por outro lado, conforme concluído, a lei consumerista não abrange o serviço público compulsório, isto é, quando o indivíduo/contribuinte é compelido a remunerá-lo através do pagamento de taxa, inclusive no caso de mera potencial utilização do serviço pelo administrado, como, por exemplo, nas taxas cobradas pela coleta do lixo. Nessa ocasião, nem sempre o contribuinte usufruirá do serviço, já que pode viajar e não precisar do recolhimento, o que não o exime do pagamento, ou seja, falta-lhe a liberdade de escolha.

É com essa diretriz, inclusive, o entendimento no Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai dos seguintes julgados:

ADMINISTRATIVO – SERVIÇO PÚBLICO – CONCEDIDO – ENERGIA ELÉTRICA – INADIMPLÊNCIA.

1. Os serviços públicos podem ser próprios e gerais, sem possibilidade de identificação dos destinatários. São financiados pelos tributos e prestados pelo próprio Estado, tais como segurança pública, saúde, educação, etc. Podem ser também impróprios e individuais, com destinatários determinados ou determináveis. Neste caso, têm uso específico e mensurável, tais como os serviços de telefone, água e energia elétrica.

2. Os serviços públicos impróprios podem ser prestados por órgãos da administração pública indireta ou, modernamente, por delegação, como previsto na CF (art. 175). São regulados pela Lei 8.987/95, que dispõe sobre a concessão e permissão dos serviços público.

3. Os serviços prestados por concessionárias são remunerados por tarifa, sendo facultativa a sua utilização, que é regida pelo CDC, o que a diferencia da taxa, esta, remuneração do serviço público próprio.

4. Os serviços públicos essenciais, remunerados por tarifa, porque prestados por concessionárias do serviço, podem sofrer interrupção quando há inadimplência, como previsto no art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95. Exige-se, entretanto, que a interrupção seja antecedida por aviso, existindo na Lei 9.427/97, que criou a ANEEL, idêntica previsão.

5. A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da igualdade das partes e ocasiona o enriquecimento sem causa, repudiado pelo Direito (arts. 42 e 71 do CDC, em interpretação conjunta).

6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido.²⁴⁷ (Grifo acrescido)

ADMINISTRATIVO E DIREITO CIVIL - PAGAMENTO DE SERVIÇO PÚBLICO (ENERGIA ELÉTRICA), PRESTADO POR CONCESSIONÁRIA.

1. Os serviços públicos prestados pelo próprio Estado e remunerados por taxa devem ser regidos pelo CTN, sendo nítido o caráter tributário da taxa.

²⁴⁶ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 173.

²⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 840.864/SERVIÇO PÚBLICO – 2ª Turma – Relª. Minª. Eliana Calmon – Brasília – 17.04.2007 – DJ 30.04.2007, p. 305. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600782470&dt_publicacao=30/04/2007. Acesso em: 20 de janeiro de 2013.

2. Diferentemente, os serviços públicos prestados por empresas privadas e remuneradas por tarifas ou preço público regem-se pelas normas de Direito Privado e pelo CDC.

3. Repetição de indébito de tarifas de energia elétrica pagas "a maior", cujo prazo prescricional segue o Código Civil (art. 177 do antigo diploma).

4. Recurso especial provido.²⁴⁸ (Grifo acrescido)

Nesse contexto, a inviabilidade da incidência da legislação consumerista, ainda que nos casos de serviços públicos individuais, porém, remunerados por taxas, se justifica pelo fato de tal relação ser de natureza tributária e não contratual. A bem da verdade, na relação entre Estado e contribuinte, como na mencionada situação, devem ser aplicadas as normas da legislação tributária e não as renunciadas na Lei 8.078/90.²⁴⁹

Ratificando tal posição, José Geraldo Brito Filomeno chama a atenção em relação à distinção entre as figuras de consumidor e contribuinte, defendendo que, havendo o pagamento de tributos, tem origem relação tributária, no desempenho de atividades típicas do Estado. Ele conclui que, apenas as tarifas ficam inseridas no conceito de serviço conforme delineado no Código consumerista, traduzindo a “remuneração paga pelo consumidor dos serviços públicos prestados diretamente pelo Poder Público, ou então mediante regime de concessão ou permissão ela iniciativa privada: por exemplo, os serviços de transporte coletivos, de telefonia, energia elétrica, gás etc.”²⁵⁰

O que se pretende dizer é que o “contribuinte” não se confunde com “consumidor”, já que no primeiro caso o que subsiste é uma relação de Direito Tributário, inserida a prestação de serviços públicos, genérica e universalmente considerada, na atividade precípua do Estado, ou seja, a persecução do bem comum.²⁵¹

Ora, uma vez que o beneficiário do serviço prestado não tem a possibilidade de escolha, não há como se caracterizar uma relação de consumo.

²⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 463.331/RO – 2ª Turma – Relª. Minª. Eliana Calmon – Brasília – 06.05.2004 – DJ 23.08.2004, p. 178. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=administrativo+e+direito+civil+pagamento+d+e+servi%E7o+p%FAblico+%28energia+el%E9trica%29&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=33>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2013.

²⁴⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Os serviços públicos e o Código de Defesa do Consumidor (CDC): limites e possibilidades**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 22, maio/junho/julho, 2010. Disponível na internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-RAFAEL-CARVALHO-REZENDE-OLIVEIRA.pdf>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2013.

²⁵⁰ FILOMENO *apud* NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 148.

²⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código Brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 49.

Com efeito, tomando-se o critério da liberdade de escolha do eventual consumidor para a (in)aplicação do Código de Defesa do Consumidor, é de se concluir que os serviços públicos remunerados por taxa não são regulados pelo diploma consumerista, eis que são contraprestações compulsórias àquele que potencialmente pode usufruí-lo.

Acerca de todo o exposto, cabe registrar pertinente trecho do voto da Ministra Eliana Calmon, proferido nos autos do mencionado Recurso Especial 840.864/SP²⁵²:

Os serviços UTI UNIVERSI, também chamados de próprios, são remunerados por espécie tributária específica, a taxa, cujo pagamento é obrigatório, porque decorre da lei, independentemente da vontade do contribuinte. A espécie tem por escopo remunerar um serviço público específico e divisível, posto à disposição do contribuinte.

Esse serviço caracteriza-se pela obrigatoriedade, pois o contribuinte não tem opção, porque, mesmo que dele não se utilize, é obrigado a remunerá-lo, e pela continuidade, mesmo ocorrendo a inadimplência. Trava-se, então, entre o contribuinte e o Poder Público, uma relação administrativo-tributária, solucionada pelas regras do Direito Administrativo.

Com esses serviços não se confundem os UTI SINGULI ou impróprios, prestados pelo Estado via delegação, por parceria com entes da Administração descentralizada ou da iniciativa privada.

Diferente daqueles, esses serviços são remunerados por tarifas ou preços públicos, e as relações entre o Poder Público e os usuários são de Direito Privado, aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor, ao identificarem-se os usuários como consumidores, na dicção do art. 3º do CDC.

A tarifa é, portanto, remuneração facultativa, oriunda de relação contratual na qual impera a manifestação da vontade, podendo o particular interromper o contrato quando assim desejar.

Assim, não se há confundir taxa com tarifa ou preço público, como aliás advertido está na Súmula 545/STF. Se o serviço público é remunerado por taxa, não podem as partes cessar a prestação ou a contraprestação por conta própria, característica só pertinente às relações contratuais, na esfera do Direito Civil.

Verifica-se, portanto, que, a partir do sistema de remuneração, é que se define a natureza jurídica da relação do serviço público prestado.

A rigor, não se utiliza apenas do argumento da liberdade formal de escolha, presente no caso de pagamento de tarifa, para justificar a aplicação da Lei 8.78/90 aos serviços públicos, mas também, no contrário dessa situação, isto é, na posição de autoridade assumida pelo Estado quando da prestação de tais serviços, remunerados, nesse caso, por taxa. Essa posição diferenciada assumida pelo ente estatal, culminante na compulsoriedade da taxa, acaba por inviabilizar a formação de

²⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 840.864/SERVIÇO PÚBLICO – 2ª Turma – Relª. Minª. Eliana Calmon – Brasília – 17.04.2007 – DJ 30.04.2007, p. 305. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600782470&dt_publicacao=30/04/2007. Acesso em: 20 de janeiro de 2013.

relação de consumo, afastando a possibilidade de incidência da legislação consumerista, voltada, essencialmente, para a regulação de tais relações, e não de relações típicas entre Estado-autoridade e cidadão.²⁵³

Ante todo o exposto, a liberdade de escolha do beneficiário do serviço público é o critério determinante para que a relação jurídica seja regulada pelo Código de Defesa do Consumidor. Quando o Estado oferece o serviço, mas não o impõe compulsoriamente, a contraprestação se dá por tarifa, aplicando-se o Código. Por sua vez, nos casos em que a Administração Pública não dá opção ao administrado, o serviço público é remunerado por taxa, o que afasta a incidência da norma consumerista, já que constitui relação jurídica a ser orientada pelas regras administrativo-tributária.

²⁵³ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 174.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa se propôs a responder aos seguintes questionamentos: A prestação de serviço público enseja relação de consumo? O Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos serviços públicos? Se afirmativo, em que medida? Aplicar-se-ia, então, a todos os casos de prestação de serviço público ou apenas a alguns? Quais são os critérios que devem orientar essa aplicação?

Tais dúvidas tornam-se pertinentes por decorrerem das frequentes reclamações a respeito de má prestação de serviços públicos e da previsão, contida no Código de Defesa do Consumidor, de que tais serviços devem, sobretudo, respeitar os critérios de adequação e eficácia.

Hipótese de eventual desamparo do usuário de serviços públicos cria importante necessidade de se estabelecer critérios para a aplicação da legislação consumerista, aumentando os meios de proteção desses usuários que se encontram em situação vulnerável frente aos fornecedores de tais atividades.

Para tanto, em primeiro lugar, deve-se recobrar que o elemento caracterizador de serviço, conforme delineado pelo Código de Defesa do Consumidor, é a presença de remuneração oferecida pelo consumidor em razão da atividade divisível prestada pelo fornecedor no mercado de consumo. É à luz desse componente que deve ser estruturado eventual cenário de configuração de uma relação de consumo no âmbito da prestação de serviços públicos, possibilitando, dessa forma, a incidência dos mandamentos consumeristas.

Assim, levantou-se, na doutrina e na jurisprudência, como é abordada a questão da aplicação do código consumerista aos serviços públicos. Verificou-se, contudo, que os posicionamentos não são unânicos, identificando-se três principais correntes.

A primeira corrente nega tal possibilidade, não obstante esteja prescrito em lei, que pessoas jurídicas de direito público possam assumir a condição de fornecedores numa relação de consumo. Argumenta que a defesa do usuário não deve ser mesclada com a do consumidor, já que o tratamento constitucional de ambos é distinto. Isso porque a Emenda Constitucional 19/98 previu que o

Congresso Nacional deveria elaborar lei específica para garantir a defesa dos usuários de serviço público, representando entendimento tácito que referidas defesas não deveriam se confundir.

De outra parte, a segunda corrente defende o exato oposto, isto é, que o Código de Defesa do Consumidor seria aplicável a todo e qualquer serviço público. Alegam que a remuneração – aquele elemento imprescindível para a caracterização dos serviços, de acordo com os ditames da Lei nº 8.078/90 – pode ser direta ou indireta, abarcando, nesse último caso, qualquer outra forma de vantagem alcançada pelo fornecedor, ainda que a prestação aparente ser gratuita.

Quanto à gratuidade, ponderam que o fato do serviço não ter contraprestação direta ou sequer ser cobrado, não invalida a aplicabilidade do Código do Consumidor, vez que acabam sendo custeados por outras receitas estatais recolhidas do cidadão. Para eles, portanto, nenhuma prestação de serviços públicos é oferecida de maneira gratuita.

Outro argumento apresentado por tal corrente é o fato de que as únicas exceções mencionadas no Código de Defesa do Consumidor, quanto ao seu “raio” de aplicabilidade, consistem nos serviços prestados gratuitamente e nos serviços de caráter trabalhista.

Também apresentam como justificativa para o referido entendimento a questão de que se deve conferir a maior abrangência possível para o Código de Defesa do Consumidor, dada sua importância como ferramenta capaz de promover a cidadania. Assim, caberia o afastamento da concepção administrativista dos serviços públicos, aplicando-se a lei do consumidor a essas atividades – mesmo às remuneradas através de arrecadação de tributos -, pois, caso contrário, parcela considerável da sociedade, que vive em situações precárias, estaria desatendida em relação aos preceitos consumeristas.

Por sua vez, a terceira corrente – que, assim como a segunda, articula seu raciocínio a partir da “remuneração” – acredita que só serão capazes de configurar relações de consumo aqueles serviços cujo pagamento seja efetuado de forma direta, especificamente em razão de determinada prestação.

Para eles, a interpretação da expressão “remuneração” deve ser restritiva ao ponto de excluir da abrangência do Código de Defesa do Consumidor os serviços públicos prestados de forma universal, tendo em vista que seu custeio se dá

mediante pagamento de tributos; isto é, não se pode falar em “remuneração direta”, já que mesmo aquele que nunca recolheu tributos pode ser potencial usuário.

Filiados a essa corrente utilizam-se, também, das classificações de serviços públicos entre próprios e impróprios e *uti universi* e *uti singuli* para fundamentarem suas opiniões.

Em face disso, cabe lembrar que os serviços públicos *uti universi* são os prestados de maneira indiscriminada, isto é, o Estado disponibiliza o serviço independentemente de remuneração específica, custeando a atividade mediante a receita de impostos; os serviços *uti singuli*, por sua vez, são passíveis de mensuração e divisibilidade, financiados mediante taxa ou tarifa/preço público, conforme sua compulsoriedade ou facultatividade, respectivamente.

Diante disso, consideram que, em razão da ausência do requisito da remuneração específica, os serviços públicos próprios e os *uti universi*, os quais são prestados pelo Estado no uso de seu poder de império, mantidos por tributos gerais, não são abrangidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Seguindo-se esse último entendimento, pode-se tirar a primeira conclusão em resposta aos questionamentos a que se propôs elucidar esse trabalho: não ficam abrangidos pelo Código de Defesa do Consumidor os serviços públicos próprios, prestados *uti universi*, diretamente pelo Estado, quando este assume caráter de autoridade, mantidos através de tributos gerais, uma vez que lhes falta, sob a ótica da lei consumerista, o requisito imprescindível da remuneração específica, isto é, tais serviços, custeados pelos impostos, não experimentam pagamento direto e imediato por parte dos usuários.

A despeito da primeira conclusão cumpre restringir ainda mais a terceira corrente no sentido de, partindo-se do pressuposto de que é aplicável o Código de Defesa do Consumidor aos serviços ditos impróprios e *uti singuli*, afastar tal aplicabilidade àqueles serviços remunerados por taxa, vez que ensejam relação tributária, e não de consumo, à qual o usuário não pode oferecer oposição por se tratar de remuneração compulsória.

A tarifa, por sua vez, possui suas particularidades fundadas na vontade do indivíduo, isto é, enquanto a taxa é exigida independentemente da vontade do usuário de serviço público, a tarifa tem, como fonte de sua obrigação, justamente, a facultatividade.

Desta feita, e esta é a segunda importante conclusão deste trabalho, também não são abarcados pelo Código de Defesa do Consumidor os serviços públicos remunerados mediante taxas, haja vista que, nessa hipótese, o Estado impõe ao indivíduo, compulsoriamente, o pagamento pelo uso, até mesmo pelo potencial, em alguns casos, do serviço específico e divisível.

Em razão disso, apenas são capazes de ensejar relação de consumo os serviços tarifados fornecidos pelo Estado – ou por terceiros que lhe façam as vezes – já que, nesses casos, não há relação jurídico tributária e o ente estatal não se reveste de autoridade.

Ademais, no caso de serviço público remunerado por taxa, subsistindo relação de Direito Tributário, o que existe é a figura de contribuinte, o qual, em momento algum, se confunde com a figura de consumidor, esta que se configura quando a contraprestação do serviço se dá mediante tarifa ou preço público, remunerações aptas a ensejarem relação de consumo.

Quanto a essa distinção entre usuário e consumidor de serviço público, cumpre destacar que todo consumidor de serviço público – ou seja, aquele que remunera o serviço mediante tarifa – é também usuário, mas nem todo usuário – isto é, aquele que remunera o serviço através de taxa ou de tributo recolhido – é consumidor de serviço público.

Contudo, vale ressaltar que o fato de os serviços públicos remunerados por taxas ou outros tributos não admitirem formação de relação de consumo não significa dizer que todos os princípios consumeristas não serão a eles aplicáveis. Ou seja, princípios como o da melhoria e racionalização dos serviços públicos, bem como os da eficiência, adequação, segurança e continuidade deverão seguir sendo devidamente observados.

Ante tudo o que foi dito, cabe registrar que a proposta do presente trabalho não foi esgotar o assunto. Tratou-se de conhecer como é abordada a questão da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos pela doutrina e, também, pelo Superior Tribunal de Justiça. Detectando-se os diversos entendimentos/correntes, pretendeu-se levantar critérios objetivos que, através de exame analítico, pudessem estipular respostas exatas para os questionamentos dantes mencionados.

Acredita-se, portanto, que tal objetivo foi alcançado, uma vez que se concluiu, finalmente, que a liberdade de escolha do beneficiário do serviço público é

o critério determinante para que a relação jurídica seja regulada pelo Código de Defesa do Consumidor. Tal situação ocorrerá quando da configuração da relação de consumo, isto é, na hipótese em que o Estado, de forma não compulsória, oferecer o serviço e, mediante a cobrança de tarifa, ser por ele diretamente remunerado.

Por fim, se a proteção do consumidor é considerada recente, no Brasil, sua análise a partir da defesa do consumidor de serviço público apresenta ainda maiores desafios, já que o recorrente descaso com que são tratados tais consumidores por fornecedores dessas atividades desacredita a população. Tal cenário – que demonstra o quanto ainda se pode discorrer sobre o tema -, porém, deve servir de incentivo para que, até que seja editada a lei específica de defesa dos usuários de serviços públicos, busque-se, ainda mais, a conciliação dos preceitos do Código de Defesa do Consumidor com este instituto tradicionalmente típico de direito público.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessões de serviços públicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Serviços públicos e direito do consumidor: possibilidades e limites da aplicação do CDC**. Revista Eletrônica de Direito administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 de dezembro de 2012.

_____. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 10 de janeiro de 2013.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 04 de janeiro de 2013.

_____. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 18 de janeiro de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 463.331/RO** – 2ª Turma – Relª. Minª. Eliana Calmon – Brasília – 06.05.2004 – DJ 23.08.2004, p. 178. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=administrativo+e+direito+civil+pagamento+de+servi%E7o+p%FAblico+%28energia+el%E9trica%29&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=33>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 840.864/SP** – 2ª Turma – Relª. Minª. Eliana Calmon – Brasília – 17.04.2007 – DJ 30.04.2007, p. 305.

Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200600782470&dt_publicacao=30/04/2007>. Acesso em: 20 de janeiro de 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

CRETELLA JÚNIOR, José. **Administração indireta brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1997.

FREIRE, Elias Sampaio. **Direito administrativo: teoria e 1000 questões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

GIANCOLI, Brunno Pandori; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio. **Direito do consumidor: difusos e coletivos**. São Paulo: R. dos Tribunais, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código Brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, Editora Fórum, n.1, jan./mar. de 2003. Disponível na Internet: <<http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf60.pdf>>. Acesso em: 06 de janeiro de 2013.

_____. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2010.

MATAYOSHI, Noemia Naomi. **O instituto da permissão de serviços públicos no atual ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília, 2004. Monografia (Especialização em Controle Externo – Área de Regulação de Serviços Públicos Concedidos) – Instituto Serzedello Corrêa, Tribunal de Contas da União.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOLLIN, Waldirene Gobetti Dal. **Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos prestados mediante concessão**. 2005. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços Públicos e Relação de Consumo: aplicabilidade do código de defesa do consumidor**. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Os serviços públicos e o Código de Defesa do Consumidor (CDC): limites e possibilidades**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 22, maio/junho/julho, 2010. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-RAFAEL-CARVALHO-REZENDE-OLIVEIRA.pdf>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2013.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Direitos dos Usuários de Serviços Públicos**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 34, dezembro/2009. Disponível na internet: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=34&artigo=432&l=pt>>. Acessado em 07 de janeiro de 2013.

_____. **Usuários de Serviços Públicos**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Marcelo. **A escola do serviço público**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 11, fevereiro, 2002. Disponível na

Internet: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_11/DIALOGO-JURIDICO-11-FEVEREIRO-2002-MARCELO-PEREIRA.pdf>. Acesso em: 11 de dezembro de 2012.

SCAPIN, Andréia Cristina. **A aplicação do código de defesa do consumidor às ações judiciais por alegado erro médico**. 2010. 285 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, concessões, terceirizações e regulação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.